العِنَايَة
شَرحُ الهِدَايَة

تأليف

الإمام العلامة الشيخ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي

المتوفى ٧٨٦ هـ

وهو شرح على

الهداية شرح بداية المبتدي

في فروع الفقه الحنفي

لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي

المتوفى ٥٩٣ هـ

اعتنى به

أبو محروس عمرو بن محروس

الجزء الثاني

يحتوي على الكتب التالية:

الحج - النكاح - الرضاع - الطلاق - العتاق





دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الحَجِّ

الشرح:

(**كِتَابُ الحَجِّ**): لَمَّا رَتَّبَ العِبَادَاتِ المُتَقَدِّمَةَ ذَلِكَ التَّرْتِيبَ لِمَعَانٍ ذُكِرَتْ عِنْدَ كُلِّ كِتَابٍ تَأَخَّرَ الحَجُّ إلى ههنا ضَرُورَةً، لأَنَّ مَا بَعْدَهُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنْ المُعَامَلاتِ أَوْ غَيْرِهَا، وَالعِبَادَاتُ مُتَقَدِّمَةٌ.

وَالحَجُّ فِي اللُّغَةِ: القَصْدُ، **وَفِي الشَّرِيعَةِ**: زِيَارَةُ البَيْتِ عَلى وَجْهِ التَّعْظِيمِ.

(الحَجُّ وَاجِبٌ عَلَى الأَحرَارِ البَالِغِينَ العُقَلاءِ الأَصِحَّاءِ إِذَا قَدَرُوا عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ فَاضِلا عَنِ المَسكَنِ وَمَا لا بُدَّ مِنهُ، وَعَن نَفقَةِ عِيَالِهِ إِلى حِينِ عَودِهِ وَكَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا).

الشرح:

ثُمَّ إِنَّهُ فُرِضَ عَلى كُلِّ حُرٍّ بَالِغٍ عَاقِلٍ صَحِيحٍ إِذَا قَدَرَ عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحلة فَاضلا عَنْ المَسْكَنِ وَمَا لا بُدَّ مِنْهُ، وَعَنْ نَفقَة عِيَاله إلى حِينِ عَوْده وَكَانَ الطَّرِيقُ آمنًا، وَإِنَّمَا عَدَلَ المُصَنِّفُ عَنْ الإِفْرَادِ إلى الجَمْعِ في قوله الأحرار إلخ مظراً إلى وقوعه، فإنه لا يتأدى إلا بجمع عظيم.

وإنما (وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة) كما صنع بالزكاة وقد ذكرنا وجهه هناك، ويجوز أن يكون معناه ثابت أو لازم، فإن الوجوب يدل على ذلك (وفرضيته ثبتت بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ ﴾ الآية يعني أنه حق واجب لله في رقاب النَّاسَ لا يَنْفكُّونَ عَنْ عُهْدَته إلا بالأَدَاء.

(وَلا يَجِبُ فِي العُمرِ إِلا مَرَّةً وَاحِدَةً) لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قِيلَ لَهُ «الحَجُّ فِي كُلِّ عَامٍ أَو مَرَّةً وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: لا بَل مَرَّةً وَاحِدَةً فَمَا زَادَ فَهُوَ تَطَوُّعٌ»[1] وَلأَنَّ سَبَبَهُ البَيتُ وَأَنَّهُ لا يَتَعَدَّدُ فَلا يَتَكَرَّرُ الوُجُوبُ.

الشرح:

(وَلا يَجِبُ فِي العُمُرِ إلا مَرَّةً وَاحِدَةً لأَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلامُ قِيل لهُ يَعْنِي لَمَّا نَزَلتْ هَذه الآيَةُ وَقَال لهُمْ: «**يَا أَيُّهَا النَّاسُ حُجُّوا البَيْتَ**. الحَجُّ فِي كُلِّ عَامٍ أَمْ مَرَّةً وَاحِدَةً؟ فَقَال: **لا بَل مَرَّةً وَاحِدَةً، فَمَا زَادَ فَهُوَ تَطَوُّعٌ**»، وَلأَنَّ سَبَبَهُ البَيْتُ) لإِضَافَته إِلَيْه، يُقَالُ حَجُّ

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧٢١)، وابن ماجه (٢٨٨٦)، وأحمد (١/٣٥٢).

البَيْتِ وَالإِضَافَةُ دَلِيلُ السَّبَبِيَّةِ (وَإِنَّهُ لا يَتَعَدَّدُ) البَيْتُ (فَلا يَتَكَرَّرُ الوُجُوبُ)

ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَلَى الفَورِ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا يَدُلُّ عَلَيهِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى التَّرَاخِي لأَنَّهُ وَظِيفَةُ العُمرِ فَكَانَ العُمرُ فِيهِ كَالوَقتِ فِي الصَّلاةِ. وَجهُ الأَوَّلِ أَنَّهُ يَختَصُّ بِوَقتٍ خَاصٍّ، وَالمَوتُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ غَيرُ نَادِرٍ فَيَتَضَيَّقُ احتِيَاطًا وَلِهَذَا كَانَ التَّعجِيلُ أَفضَلَ، بِخِلافِ وَقتِ الصَّلاةِ لأَنَّ المَوتَ فِي مِثلِهِ نَادِرٌ.

الشرح:

(ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَلَى الفَوْرِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) حَتَّى إِنْ أَخَّرَ بَعْدَ اسْتِجْمَاعِ الشَّرَائِطِ أَثِمَ، رَوَاهُ عَنْهُ بِشْرٌ وَالمُعَلَّى (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الفَوْرِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ شُجَاعٍ عَنْهُ أَنَّهُ سُئِلَ عَمَّنْ لَهُ مَالٌ أَيَحُجُّ بِهِ أَمْ يَتَزَوَّجُ؟ فَقَالَ: بَل يَحُجُّ بِهِ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الوُجُوبَ عِنْدَهُ عَلَى الفَوْرِ.

وَوَجْهُ دَلالَتِهِ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ فِي التَّزْوِيجِ تَحْصِينَ النَّفْسِ الوَاجِبَ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَالاشْتِغَالُ بِالحَجِّ يُفَوِّتُهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وُجُوبُهُ عَلَى الفَوْرِ لَمَا أَمَرَ بِمَا يُفَوِّتُ الوَاجِبَ مَعَ إِمْكَانِ حُصُولِهِ فِي وَقْتٍ آخَرَ لَمَا أَنَّ المَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ عَلَى التَّرَاخِي لأَنَّهُ وَظِيفَةُ العُمُرِ فَكَانَ العُمُرُ فِيهِ كَالوَقْتِ فِي الصَّلاةِ) فَكَمَا أَنَّهَا جَازَتْ فِي آخِرِ وَقْتِهَا يَجُوزُ الحَجُّ فِي آخِرِ العُمُرِ مِنْ أَشْهُرِ الحَجِّ، وَهَذَا الدَّلِيلُ لِمُحَمَّدٍ لأَنَّهُ يَقُولُ بِجَوَازِ تَأْخِيرٍ مُكَيَّفٍ، وَهُوَ أَنْ لا يَفُوتَهُ بِالمَوْتِ، فَإِنْ فَوَّتَهُ أَثِمَ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لا يَأْثَمُ بِالتَّأْخِيرِ، وَإِنْ مَاتَ فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ كَوَقْتِ الصَّلاةِ (وَجْهُ الأَوَّلِ) يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ إِنَّ الحَجَّ يَخْتَصُّ بِوَقْتٍ خَاصٍّ مِنْ كُلِّ عَامٍ وَهُوَ أَشْهُرُ الحَجِّ، وَكُلُّ مَا اخْتَصَّ بِوَقْتٍ خَاصٍّ، وَقَدْ فَاتَ عَنْ وَقْتِهِ لا يُدْرَكُ إِلا بِإِدْرَاكِ ذَلِكَ الوَقْتِ بِعَيْنِهِ وَإِلا لا يَكُونُ مُخْتَصًّا بِهِ، وَذَلِكَ مُدَّةٌ طَوِيلَةٌ يَسْتَوِي فِيهَا الحَيَاةُ وَالمَمَاتُ (لأَنَّ المَوْتَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ) مُشْتَمِلَةٍ عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ المُتَضَادَّةِ المِزَاجِ (غَيْرُ نَادِرٍ فَيَتَضَيَّقُ احْتِيَاطًا) لا تَحْقِيقًا، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِئَلا يَرِدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُتَضَيِّقًا لَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ العَامِ الأَوَّلِ قَضَاءً وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ التَّضَيُّقَ إِذَا كَانَ احْتِيَاطًا لا يَلْزَمُ ذَلِكَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا تَوْضِيحُهُ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا كَانَ التَّعْجِيلُ أَفْضَلَ) يَعْنِي

بالاتِّفَاق، فَإِنَّ الاسْتِدْلال بالأَفْضَلِيَّةِ عَلى الوُجُوبِ مِمَّا لا يَكَادُ يَصِحُّ.

وَقَوْلُهُ (بِخلافِ وَقْتِ الصَّلاة) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِه كَالوَقْتِ فِي الصَّلاة، وَثَمَرَةُ الخِلافِ لا تَظْهَرُ إلا فِي حَقِّ الإِثْمِ خَاصَّةً، وَأَمَّا أَنَّ الوَاقِعَ فِي العَامِ الثَّانِي أَدَاءٌ كَمَا فِي الأَوَّل، وَأَنَّ التَّطَوُّعَ فِي العَامِ الأَوَّل جَائِزٌ فَلا يُنْكِرُهُ أَحَدٌ، وَتَمَامُ هَذَا البَحْثِ مَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْه.

وَإِنَّمَا شَرَطَ الحُرِّيَّةَ وَالبُلُوغَ لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَيُّمَا عَبدٍ حَجَّ عَشرَ حِجَجٍ ثُمَّ أُعتِقَ فَعَلَيهِ حَجَّةُ الإِسلامِ، وَأَيُّمَا صَبِيٍّ حَجَّ عَشرَ حِجَجٍ ثُمَّ بَلَغَ فَعَلَيهِ حَجَّةُ الإِسلام»(١) **وَلأَنَّهُ عِبَادَةٌ وَالعِبَادَاتُ بِأَسرِهَا مَوضُوعَةٌ عَن الصِّبيَانِ**

الشرح:

وَإِنَّمَا شُرِطَتْ الحُرِّيَّةُ وَالبُلُوغُ لِقَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**أَيُّمَا عَبْدٍ حَجَّ وَلَوْ عَشْرَ حِجَجٍ ثُمَّ أُعْتِقَ فَعَلَيْه حَجَّةُ الإِسْلامِ**» وَالفَرْقُ بَيْنَ الحَجِّ وَالصَّوْمِ وَالصَّلاة: أَنَّ الحَجَّ يَحْتَاجُ إلى الزَّادِ وَالرَّاحِلة، وَالعَبْدُ لا يَمْلِكُ مِنْ المَال شَيْئًا، وَالصَّوْمُ وَالصَّلاةُ لَيْسَا كَذَلِكَ، وَأَنَّ حَقَّ المَوْلى فِي الحَجِّ يَفُوتُ فِي مُدَّةٍ طَوِيلة، فَقُدِّمَ حَقُّ العَبْدِ عَلى حَقِّ اللَّه تَعَالى بِخِلافِ الصَّوْمِ وَالصَّلاة.

وَالعَقلُ شَرطٌ لِصِحَّةِ التَّكلِيفِ. وَكَذَا صِحَّةُ الجَوَارِحِ لأَنَّ العَجزَ دُونَهَا لازِمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالعَقْلُ) لِبَيَانِ اشْتِرَاطِ العَقْل. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا صِحَّةُ الجَوَارِحِ) لِبَيَانِ اشْتِرَاطِ الصِّحَّة (لأَنَّ العَجْزَ بِدُونِهَا لازِمٌ)

وَالأَعمَى إِذَا وَجَدَ مَن يَكفِيهِ مُؤنَةَ سَفَرِهِ وَوَجَدَ زَادًا وَرَاحِلَةً لا يَجِبُ عَلَيهِ الحَجُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافًا لَهُمَا، وَقَد مَرَّ فِي كِتَابِ الصَّلاةِ. وَأَمَّا المُقعَدُ، فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. أَنَّهُ يَجِبُ لأَنَّهُ مُستَطِيعٌ بِغَيرِهِ فَأَشبَهَ المُستَطِيعَ بِالرَّاحِلَةِ. وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ لا يَجِبُ لأَنَّهُ غَيرُ قَادِرٍ عَلَى الأَدَاءِ بِنَفسِهِ، بِخِلافِ الأَعمَى لأَنَّهُ لو هُدَى يُؤَدِّي بِنَفسِهِ فَأَشبَهَ الضَّالَّ عَنهُ، وَلا بُدَّ مِن القُدرَةِ عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَهُوَ قَدرُ مَا يَكتَرِي بِهِ شِقَّ مَحمَلٍ أَو رَأسَ زَامِلَةٍ، وَقَدرَ النَّفَقَةِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا، لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤٨١/١)، والبيهقي (٢٩١/٥) وانظر نصب الراية (٨/٣).

وَالسَّلامُ سُئِلَ عَنِ السَّبِيلِ إليهِ فقَالَ: «الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ»(١) وَإِن أمكَنَهُ أن يكترِيَ عقبَةً فلا شَيءَ عليهِ، لأنَّهُمَا إذَا كَانَا يَتَعَاقَبَانِ لم تُوجَد الرَّاحِلَةُ فِي جَمِيعِ السَّفَرِ.

وَيُشتَرَطُ أن يَكُونَ فَاضِلا عَنِ المَسكَنِ وَعَمَّا لا بُدَّ مِنهُ كَالخَادِمِ وَأَثَاثِ البَيتِ وَثِيَابِهِ، لأنَّ هَذِهِ الأشيَاءَ مَشغُولَةٌ بِالحَاجَةِ الأصلِيَّةِ، وَيُشتَرَطُ أن يَكُونَ فَاضِلا عَن نَفَقَةِ عِيَالِهِ إلى حِينِ عَودِهِ، لأنَّ النَّفَقَةَ حَقٌّ مُستَحَقٌّ للمَرأَةِ، وَحَقُّ العَبدِ مُقَدَّمٌ على حَقِّ الشَّرعِ بِأمرِهِ.

وَلَيسَ مِن شَرطِ الوُجُوبِ عَلَى أَهلِ مَكَّةَ وَمَن حَولَهُم الرَّاحِلَةُ، لأنَّهُ لا تَلحَقُهُم مَشَقَّةٌ زَائِدَةٌ فِي الأدَاءِ فَأَشبَهَ السَّعيَ إلى الجُمُعَةِ وَلا بُدَّ مِن أَمنِ الطَّرِيقِ لأنَّ الاستِطَاعَةَ لا تَثبُتُ دُونَهُ. ثُمَّ قِيلَ: هُوَ شَرطُ الوُجُوبِ حَتَّى لا يَجِبَ عَلَيهِ الإيصَاءُ وَهُوَ مَروِيٌّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقِيلَ: هُوَ شَرطُ الأدَاءِ دُونَ الوُجُوبِ، لأنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَسَّرَ الاستِطَاعَةَ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ لا غَيرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالأَعْمَى إذَا وَجَدَ) يَعْنِي أَنَّ الأَعْمَى إذَا مَلَكَ الزَّادَ وَالرَّاحِلَةَ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ قَائِدًا لا يَلزَمُهُ الحَجُّ بِنَفْسِهِ فِي قَوْلِهِمْ، وَهَل يَجِبُ الإِحْجَاجُ بِالمَالِ؟ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لا يَجِبُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ وَإِنْ وَجَدَ قَائِدًا، وَقَدْ عَبَّرَ عَنْهُ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (مَنْ يَكْفِيهِ مُؤْنَةَ سَفَرِهِ) لا يَجِبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا لا تَجِبُ الجُمُعَةُ، وَعَنْ صَاحِبَيْهِ فِيهِ رِوَايَتَانِ فَرْقًا عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ بَيْنَ الحَجِّ وَالجُمُعَةِ، وَقَالا: وُجُودُ القَائِدِ إلى الجُمُعَةِ لَيْسَ بِنَادِرٍ بَل هُوَ غَالِبٌ فَتَلزَمُهُ الجُمُعَةُ، وَلا كَذَلِكَ القَائِدُ إلى الحَجِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا المُقْعَدُ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ فِي الزَّمِنِ وَالمَفْلُوجِ وَالمُقْعَدِ وَمَقْطُوعِ الرِّجْلَيْنِ أَنَّ الحَجَّ لا يَجِبُ عَلَيْهِمْ وَإِنْ مَلَكُوا الزَّادَ وَالرَّاحِلَةَ، حَتَّى لا يَجِبَ عَلَيْهِمْ الإِحْجَاجُ بِمَا لَهُمْ لأَنَّ الأَصْلَ لَمَّا لَمْ يَجِبْ لَمْ يَجِبْ البَدَلُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُمَا.

---

(١) أخرجه الترمذي (٨١٣)، وابن ماجه (٢٨٩٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
وأخرجه ابن ماجه (٢٨٩٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وأخرجه الحاكم في المستدرك (١/٤٤٢) من حديث أنس ﷺ.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ لأَنَّهُ مُسْتَطِيعٌ بِغَيْرِهِ فَأَشْبَهَ الْمُسْتَطِيعَ بِالرَّاحِلَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا بُدَّ مِنْ القُدْرَةِ) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ: إِذَا قَدَرُوا عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَيَعْنِي بِهِ القُدْرَةَ بِطَرِيقِ المِلْكِ أَوْ الاسْتِئْجَارِ بِأَنْ يَقْدِرَ عَلَى (مَا يَكْتَرِي بِهِ شِقَّ مَحْمَلٍ) بِفَتْحِ المِيمِ الأَوَّلِ وَكَسْرِ الثَّانِي أَيْ جَانِبَهُ، لأَنَّ لِلمَحْمَلِ جَانِبَيْنِ، وَيَكْفِي لِلرَّاكِبِ أَحَدُ جَانِبَيْهِ.

وَالزَّامِلَةُ: البَعِيرُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ الْمُسَافِرُ مَتَاعَهُ وَطَعَامَهُ مِنْ زَمَلَ الشَّيْءَ حَمَلَهُ، يُقَالُ لَهَا بِالفَارِسِيَّةِ: سرباري. وَقَوْلُهُ (وَقَدْرُ النَّفَقَةِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا) يَعْنِي بَعْدَ الرَّاحِلَةِ نَفَقَةً وَسَطٍ بِغَيْرِ إِسْرَافٍ وَلا تَقْتِيرٍ، وَهَذَا لأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ سُئِلَ عَنْ السَّبِيلِ إِلَيْهِ فَقَالَ:«**الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ**» وَإِنْ أَمْكَنَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ عُقْبَةً) أَيْ مَا يَتَعَاقَبَانِ عَلَيْهِ فِي الرُّكُوبِ فَرْسَخًا بِفَرْسَخٍ أَوْ مَنْزِلا مَنْزِلا (فَلا حَجَّ عَلَيْهِ) لِعَدَمِ الرَّاحِلَةِ إِذْ ذَاكَ فِي جَمِيعِ السَّفَرِ. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ) أَيْ مَا يَقْدِرُ بِهِ عَلَى الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ (فَاضِلا عَنْ الْمَسْكَنِ) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ فِي أَوَّلِ البَحْثِ فَاضِلا، وَهُوَ هُنَاكَ مَنْصُوبٌ عَلَى الحَالِ مِنْ الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَقَيَّدَ بِالْمَسْكَنِ وَالخَادِمِ إِشَارَةً إِلَى مَا ذَكَرَهُ ابْنُ شُجَاعٍ إِذَا كَانَتْ لَهُ دَارٌ لا يَسْكُنُهَا وَعَبْدٌ لا يَسْتَخْدِمُهُ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ وَيَحُجَّ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَثَاثُ البَيْتِ) يَعْنِي كَالفُرُشِ وَالبُسُطِ وَآلاتِ الطَّبْخِ (وَثِيَابُهُ) أَيْ ثِيَابُ بَدَنِهِ وَفَرَسُهُ وَسِلاحُهُ (لأَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ مَشْغُولَةٌ بِالحَاجَةِ الأَصْلِيَّةِ) وَالْمَشْغُولُ بِهَا كَالْمَعْدُومِ. وَقَوْلُهُ (وَحَقُّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الشَّرْعِ بِأَمْرِهِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الأنعام: ١١٦] وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الوُجُوبِ عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ) ظَاهِرٌ (وَلا بُدَّ مِنْ أَمْنِ الطَّرِيقِ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الغَالِبُ فِيهِ السَّلامَةَ، وَتَوَسُّطُ البَحْرِ عُذْرٌ لأَنَّ شَرْطَ وُجُوبِهِ الاسْتِطَاعَةُ وَلا اسْتِطَاعَةَ بِدُونِ الأَمْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ شَرْطُ نَفْسِ الوُجُوبِ، أَوْ شَرْطُ الأَدَاءِ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الأَوَّلِ لِمَا مَرَّ أَنَّ الاسْتِطَاعَةَ لا تَثْبُتُ بِدُونِهِ (وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْهُ) وَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الثَّانِي (لأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَسَّرَ الاسْتِطَاعَةَ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ لا غَيْرُ) وَثَمَرَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فِي وُجُوبِ الإِيصَاءِ عَلَى مَنْ مَاتَ قَبْلَ الحَجِّ، وَلَمْ يَكُنْ

الطَّرِيقُ آمنًا؛ فَعِنْدَ الأَوَّلَيْنِ لا تَلزَمُهُ الوَصِيَّةُ، وَعِنْدَ الآخَرَيْنِ تَلزَمُهُ.

قَال (وَيُعتَبَرُ فِي المَرأةِ أن يَكُونَ لهَا مَحرَمٌ تَحُجُّ بِهِ أو زَوجٌ، وَلا يَجُوزُ لهَا أن تَحُجَّ بِغَيرِهِمَا إذَا كَانَ بَينَهَا وَبَينَ مَكَّةَ مَسِيرَةُ ثَلاثَةِ أيَّامٍ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لهَا الحَجُّ إذَا خَرَجَت فِي رُفقَةٍ وَمَعَهَا نِسَاءٌ ثِقَاتٌ لحُصُول الأمنِ بِالمُرَافقَةِ.

وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تَحُجَّنَّ امرَأةٌ إلا وَمَعَهَا مَحرَمٌ»[1] وَلأنَّهَا بِدُونِ المَحرَمِ يُخَافُ عَليهَا الفِتنَةُ وَتَزدَادُ بِانضِمَامِ غَيرِهَا إليهَا، وَلهَذَا تَحرُمُ الخَلوَةُ بِالأجنَبِيَّةِ وَإن كَانَ مَعَهَا غَيرُهَا، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ بَينَهَا وَبَينَ مَكَّةَ أقَلُّ مِن ثَلاثَةِ أيَّامٍ، لأنَّهُ يُبَاحُ لهَا الخُرُوجُ إلى مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيرِ مَحرَمٍ. (وَإذَا وَجَدَت مَحرَمًا لم يَكُن للزَّوجِ مَنعُهَا).

وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُ أن يَمنَعَهَا لأنَّ فِي الخُرُوجِ تَفوِيتَ حَقِّهِ. وَلنَا أنَّ حَقَّ الزَّوجِ لا يَظهَرُ فِي حَقِّ الفَرَائِضِ وَالحَجُّ مِنهَا، حَتَّى لو كَانَ الحَجُّ نَفلا لهُ أن يَمنَعَهَا، وَلو كَانَ المَحرَمُ فَاسِقًا قَالُوا: لا يَجِبُ عَليهَا لأنَّ المَقصُودَ لا يَحصُلُ بِهِ (وَلهَا أن تَخرُجَ مَعَ كُلِّ مَحرَمٍ إلا أن يَكُونَ مَجُوسِيًّا) لأنَّهُ يَعتَقِدُ إبَاحَةَ مُنَاكَحَتِهَا، وَلا عِبرَةَ بِالصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لأنَّهُ لا تَتَأتَّى مِنهُمَا الصِّيَانَةُ، وَالصَّبِيَّةُ الَّتِي بَلغَت حَدَّ الشَّهوَةِ بِمَنزِلةِ البَالغَةِ حَتَّى لا يُسَافَرَ بِهَا مِن غَيرِ مَحرَمٍ، وَنَفَقَةُ المَحرَمِ عَليهَا لأنَّهَا تَتَوَسَّلُ بِهِ إلى أدَاءِ الحَجِّ. وَاختَلفُوا فِي أنَّ المَحرَمَ شَرطُ الوُجُوبِ أو شَرطُ الأدَاءِ عَلى حَسَبِ اختِلافِهِم فِي أمنِ الطَّرِيقِ.

الشرح:

قَال (وَيُعْتَبَرُ فِي المَرْأةِ أنْ يَكُونَ لَهَا مَحْرَمٌ تَحُجُّ بِهِ) الاخْتِلافُ المَارُّ فِي أَمْنِ الطَّرِيقِ فِي كَوْنِهِ شَرْطَ الوُجُوبِ، أوْ شَرْطَ الأدَاءِ ثَابِتٌ فِي مَحْرَمِ المَرْأةِ، وَالمَحْرَمُ مَنْ لا يَجُوزُ لهُ مُنَاكَحَتُهَا عَلى التَّأْبِيدِ بِقَرَابَةٍ أوْ رَضَاعٍ أوْ صِهَارَةٍ، وَلا يَجُوزُ للمَرْأةِ أنْ تَحُجَّ إذَا لمْ يَكُنْ لَهَا مَحْرَمٌ أوْ زَوْجٌ إذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَكَّةَ ثَلاثَةُ أيَّامٍ، شَابَّةً كَانَتْ أوْ عَجُوزًا، وَإنْ لمْ يَكُنْ لَهَا مَحْرَمٌ أوْ زَوْجٌ لا يَجِبُ عَليْهَا التَّزَوُّجُ للحَجِّ، كَمَا لا يَجِبُ عَلى الفَقِيرِ اكْتِسَابُ المَال لأجْل الحَجِّ وَالزَّكَاة (وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَهَا أنْ تَحُجَّ فِي رُفْقَةٍ وَمَعَهَا نِسَاءٌ ثِقَاتٌ لحُصُول الأمْنِ مِنْ الفِتْنَةِ بِالمُرَافَقَةِ.

---

(١) أخرجه الدار قطني (٢/٢٢٢) رقم (٣٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وأخرجه أيضا (٢/٢٢٣) رقم (٣٢) من حديث أبي أمامة ﷺ.

وَلنَا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا تَحُجَّن امْرَأَةٌ إلا وَمَعَهَا مَحْرَمٌ**» وَلأَنَّهَا بِدُونِ المَحْرَمِ يُخَافُ عَلَيْهَا الفتْنَةُ وَتَزْدَادُ بِانْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا) فَضْلا عَنْ حُصُولِ الأَمْنِ.

وَعُورِضَ بِأَنَّ المُهَاجِرَةَ تَخْرُجُ إلى دَارِ الإِسْلامِ بِدُونِهِمَا، وَالهِجْرَةُ لَيْسَتْ مِنْ الأَرْكَانِ الخَمْسَةِ فَلأَنْ تَخْرُجَ إلى الحَجِّ وَهُوَ مِنْهَا أَوْلى. وَأُجِيبَ: بِأَنَّ ذَلِكَ ضَرُورَةَ الخَوْفِ عَلى نَفْسِهَا؛ أَلا تَرَى أَنَّهَا إِذَا وَصَلَتْ إِلى جَيْشٍ مِنْ المُسْلمِينَ فِي دَارِ الحَرْبِ، حَتَّى صَارَتْ آمِنَةً لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ تُسَافِرَ بِدُونِ المَحْرَمِ. فَإِنْ قِيلَ: فَسَّرَ النَّبِيُّ ﷺ السَّبِيلَ بِالزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ المَحْرَمَ. أُجِيبَ: بِأَنَّ ذَلِكَ حُجَّةُ مَنْ جَعَلَهُ شَرْطَ الأَدَاءِ، وَمَنْ جَعَلَهُ شَرْطَ الوُجُوبِ قَالَ: لَمْ يَذْكُرْهُ، لأَنَّ السَّائِلَ كَانَ رَجُلا.

فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ الفِتْنَةَ تَزْدَادُ بِانْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا، فَإِنَّ المَبْتُوتَةَ إِذَا اعْتَدَّتْ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ بِحَيْلُولَةِ ثِقَةٍ جَازَ. وَلَمْ يَكُنْ انْضِمَامُهَا إِلَيْهَا فِتْنَةً. أُجِيبَ: بِأَنَّ انْضِمَامَ المَرْأَةِ إِلَيْهَا يُعِينُهَا عَلى مَا تُرَاوِدُ بِمُشَاوَرَتِهَا، وَتَعْلِيمُ مَا عَسَى تَعْجِزُ عَنْهُ بِفِكْرِهَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ فِي المُعْتَدَّةِ كَذَلِكَ لأَنَّ الإِقَامَةَ مَوْضِعُ أَمْنٍ وَقُدْرَةٍ عَلى دَفْعِ الفِتْنَةِ وَفِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ مِثْلَهَا لا يُعَدُّ ثِقَةً وَالكَلامُ فِيهَا، وَلأَنَّ جَوَابَ السَّنَدِ يُنَاقِضُ جَوَابَ المَنْعِ. وَالأَوْلى أَنْ يُقَالَ هُنَّ نَاقِصَاتُ دِينٍ وَعَقْلٍ، فَلا يُؤْمَنُ أَنْ تَنْخَدِعَ فَتَكُونُ عَلَيْهَا فِي الإِفْسَادِ وَتَتَوَسَّطُ فِي التَّوْطِينِ وَالتَّمْكِينِ فَتَعْجِزُ هِيَ عَنْ دَفْعِهَا فِي السَّفَرِ، وَهَذَا المَعْنَى مَعْدُومٌ فِي الحَضَرِ لإِمْكَانِ الاسْتِغَاثَةِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: إِذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَكَّةَ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَإِنْ وَجَدَتْ مَحْرَمًا (وَلنَا أَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الفَرَائِضِ) أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَمْنَعُهَا مِنْ صِيَامِ شَهْرِ رَمَضَانَ وَالصَّلاةِ (وَالحَجُّ مِنْهَا، حَتَّى لَوْ كَانَ الحَجُّ نَفْلا لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا) وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهَا مِنْ سَاعَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ المَحْرَمُ فَاسِقًا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ بَعدمَا أَحرمَ أَو عَتَقَ العبدُ فمَضَيَا لم يُجزِهُمَا عَن حَجَّةِ الإِسلامِ) لأَنَّ إِحرامَهُمَا انعقَدَ لأَدَاءِ النَّفلِ فَلا يَنقلِبُ لأَدَاءِ الفرضِ (وَلو جَدَّدَ الصَّبِيُّ الإِحرامَ قبلَ الوُقُوفِ وَنَوَى حَجَّةَ الإِسلامِ جَازَ، وَالعَبدُ لو فَعَلَ ذَلكَ لم يَجُز) لأَنَّ إِحرَامَ الصَّبِيِّ غيرُ لازِمٍ لعَدَمِ الأَهليَّةِ، أَمَّا إِحرَامُ العَبدِ لازِمٌ فَلا يُمكِنُهُ الخُرُوجُ عَنهُ بِالشُّرُوعِ فِي غَيرِهِ وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَإِذَا بَلغَ الصَّبِيُّ بَعْدَمَا أَحْرَمَ أَوْ عَتقَ العَبْدُ) يَعْنِي بَعْدَمَا أَحْرَمَ (فَمَضَيَا لَمْ يُجْزِهِمَا عَنْ حَجَّةِ الإِسْلَامِ، لأَنَّ إِحْرَامَهُمَا انْعَقَدَ لأَدَاءِ النَّفْلِ) لعَدَمِ الخِطَابِ وَشَرْطِ الوُجُوبِ فِي حَقِّهِمَا (فَلا يَنْقَلِبُ لأَدَاءِ الفَرْضِ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الإِحْرَامَ شَرْطٌ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ كَالطَّهَارَةِ، وَالشَّرْطُ يُرَاعَى وُجُودُهُ لا وُجُودُهُ قَصْدًا؛ أَلا تَرَى أَنَّ الصَّبِيَّ إِذَا تَوَضَّأَ ثُمَّ بَلغَ بِالسِّنِّ فَصَلَّى بِتِلكَ الطَّهَارَةِ جَازَتْ صَلاتُهُ، فَمَا بَالُ الحَجِّ لَمْ يَجُزْ بِذَلِكَ الإِحْرَامِ.

وَالجَوَابُ أَنَّ الإِحْرَامَ عِنْدَنَا إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَبِهَا يَصِيرُ شَارِعًا فِي أَفْعَالِ الحَجِّ، فَصَارَ كَصَبِيٍّ تَوَضَّأَ وَشَرَعَ فِي الصَّلاةِ وَبَلغَ بِالسِّنِّ فَنَوَى أَنْ تَكُونَ تِلكَ الصَّلاةُ فَرْضًا لا تَنْقَلِبُ إِلَيْهَا (وَلَوْ جَدَّدَ الصَّبِيُّ الإِحْرَامَ قَبْلَ الوُقُوفِ وَنَوَى حَجَّةَ الإِسْلامِ جَازَ وَالعَبْدُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ لأَنَّ إِحْرَامَ الصَّبِيِّ غَيْرُ لازِمٍ لعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ) وَلِهَذَا لَوْ تَنَاوَلَ مَحْظُورًا لَمْ يَلزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ الفَسْخُ وَالشُّرُوعُ فِي غَيْرِهِ (وَأَمَّا إِحْرَامُ العَبْدِ فَلازِمٌ) لكَوْنِهِ مُخَاطَبًا وَلِهَذَا لَوْ أَصَابَ صَيْدًا كَانَ عَلَيْهِ الصِّيَامُ لأَنَّهُ صَارَ جَانِيًا عَلَى إِحْرَامِهِ بِقَتْلِ الصَّيْدِ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّكْفِيرِ بِالمَالِ (فَلا يُمْكِنُهُ الخُرُوجُ عَنْهُ بِالشُّرُوعِ فِي غَيْرِهِ) وَإِنَّمَا طَرِيقُ خُرُوجِهِ مِنْ ذَلِكَ الإِحْرَامِ أَدَاءُ الأَفْعَالِ، فَسَوَاءٌ جَدَّدَ التَّلبِيَةَ أَوْ لَمْ يُجَدِّدْهَا، وَهُوَ بَاقٍ عَلَى ذَلِكَ الإِحْرَامِ فَلا يُجْزِيهِ عَنْ حَجَّةِ الإِسْلامِ.

فَصلٌ

(وَالمَوَاقِيتُ الَّتِي لا يَجُوزُ أَن يُجَاوِزَهَا الإِنسَانُ إلا مُحرِمًا خَمسَةٌ: لأَهلِ المَدِينَةِ ذُو الحُلَيفَةِ، وَلأَهلِ العِرَاقِ ذَاتُ عِرقٍ. وَلأَهلِ الشَّامِ الجُحفَةُ، وَلأَهلِ نَجدٍ قَرنٌ، وَلأَهلِ اليَمَنِ يَلملَمُ)[1] هَكَذَا وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَذِهِ المَوَاقِيتَ لِهَؤُلاءِ. وَفَائِدَةُ التَّأقِيتِ المَنعُ عَن تَأخِيرِ الإِحرَامِ عَنهَا، لأَنَّهُ يَجُوزُ التَّقدِيمُ عَلَيهَا بِالاتِّفَاقِ، ثُمَّ الآفَاقِيُّ إِذَا انتَهَى إِلَيهَا عَلَى قَصدِ دُخُولِ مَكَّةَ عَلَيهِ أَن يُحرِمَ قَصَدَ الحَجَّ أَو العُمرَةَ أَو لَم يَقصِد عِندَنَا لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يُجَاوِزُ أَحَدٌ المِيقَاتَ إلا مُحرِمًا»[2] وَلأَنَّ وُجُوبَ الإِحرَامِ لِتَعظِيمِ هَذِهِ البُقعَةِ

---

(١) أخرجه البخاري (١٥٢٤، ١٥٢٦، ١٥٢٩)، ومسلم (١١، ١٢) كتاب الحج من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البيهقي (٤٤/٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الشَّرِيفَةِ فَيَسْتَوِي فِيهِ الحَاجُّ وَالْمُعتَمِرُ وَغيرُهُمَا.

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ مَنْ يَجبُ عَلَيْه الحَجُّ وَذَكَرَ شُرُوطَ الوُجُوب. وَمَا يَتْبَعُهَا شَرَعَ فِي بَيَانِ أَوَّل أَمْكِنَةٍ يُبْتَدَأُ فيهَا بأَفْعَال الحَجِّ. وَهِيَ (المَوَاقِيتُ الَّتِي لا يَجُوزُ أَنْ يُجَاوِزَهَا الإِنْسَانُ إلا مُحْرِمًا) وَالمَوَاقِيتُ جَمْعُ مِيقَات، وَهُوَ الوَقْتُ المَحْدُودُ فَاسْتُعِيرَ للمَكَانِ كَمَا اُسْتُعِيرَ المَكَانُ للوَقْتِ فِي قَوْله تَعَالى ﴿ هُنَالِكَ ٱلْوَلَـٰيَةُ ﴾ [الكهف: ٤٣] وَالمَوَاقِيتُ خَمْسَةٌ، كَمَا ذُكِرَ فِي الكتَاب. وَقَوْلُهُ (هَكَذَا وَقَّتَ رَسُولُ اللَّه ﷺ هَذه المَوَاقِيتَ لهَؤُلاءِ) قِيلَ عَلَيْه كَيْفَ كَانَ التَّوْقِيتُ لأَهْلِ العِرَاقِ وَالشَّامِ وَلَمْ يَكُونُوا مُسْلِمِينَ؟ وَأُجِيبَ بأَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلمَ بطَرِيقِ الوَحْيِ إِيمَانَهُمْ فَوَقَّتَ لَهُمْ عَلى ذَلكَ. وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ التَّأْقِيت) وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى قَصْدِ دُخُول مَكَّةَ) قَيَّدَهُ بذَلكَ لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَقْصِدْ ذَلكَ لَيْسَ عَلَيْه أَنْ يُحْرِمَ.

قَال فِي النِّهَايَة: اعْلَمْ أَنَّ البَيْتَ لَمَّا كَانَ مُعَظَّمًا مُشَرَّفًا جُعل لهُ حِصْنٌ وَهُوَ مَكَّةُ، وَحِمًى وَهُوَ الحَرَمُ، وَللحَرَمِ حَرَمٌ، وَهُوَ المَوَاقِيتُ حَتَّى لا يَجُوزَ لَمَنْ دُونَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهُ إلا بالإِحْرَامِ تَعْظِيمًا للبَيْتِ، وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ كُلَّ مَنْ قَصَدَ مُجَاوَزَةَ مِيقَاتَيْنِ لا يَجُوزُ إلا بإِحْرَامٍ.

وَمَنْ قَصَدَ مُجَاوَزَةَ مِيقَاتٍ وَاحِدٍ حَلَّ لهُ بغَيْرِ إِحْرَامٍ. بَيَانُهُ. أَنَّ مَنْ أَتَى مِيقَاتًا بنِيَّة الحَجِّ أَوْ العُمْرَة أَوْ دُخُول مَكَّةَ لحَاجَة لا يَجُوزُ دُخُولُهُ إلا بالإِحْرَامِ، لأَنَّهُ قَصَدَ مُجَاوَزَةَ مِيقَاتَيْنِ مِيقَات أَهْلِ الآفَاق، وَمِيقَات أَهْلِ الحِلِّ. وَالحِيلةُ لمَنْ أَرَادَ مِنْ الآفَاقِيِّ دُخُولهُ بغَيْرِ إِحْرَامٍ أَنْ يَقْصِدَ بُسْتَانَ بَنِي عَامِرٍ أَوْ غَيْرَهُ مِنْ الحِلِّ فَلا يَجبُ الإِحْرَامُ، لأَنَّهُ قَصَدَ مُجَاوَزَةَ مِيقَاتٍ وَاحِدٍ. وَقَوْلُهُ (عِنْدَنَا) إِشَارَةٌ إلى خِلاف الشَّافِعيِّ فَإِنَّ عِنْدَهُ أَنَّ الإِحْرَامَ يَجبُ عِنْدَ المِيقَات عَلى مَنْ أَرَادَ دُخُول مَكَّةَ للحَجِّ وَالعُمْرَة، فَأَمَّا مَنْ أَرَادَ دُخُولَهَا لقتَالٍ فَلَيْسَ عَلَيْه الإِحْرَامُ قَوْلا وَاحِدًا، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلهَا يَوْمَ الفَتْحِ بغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَلهُ فِي الدَّاخل للتِّجَارَة قَوْلان.

وَلنَا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا يُجَاوِزُ أَحَدٌ المِيقَاتَ إلا مُحْرِمًا**» وَلأَنَّ وُجُوبَ الإِحْرَامِ لتَعْظِيمِ هَذه البُقْعَة الشَّرِيفَة) لا لأَنَّهُ شَرْطٌ للحَجِّ بدَليل أَنَّ مَنْ كَانَ

دَاخل المِيقَات يُحْرِمُ مِنْ دُوَيْرَة أَهْلِه، وَتَعْظِيمُهَا لَمْ يَخْتَلِفْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الحَاجِّ وَغَيْرِهِ (فَيَسْتَوِي فِيهِ الحَاجُّ وَالمُعْتَمِرُ وَغَيْرُهُمَا) وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ فَمِنْ خُصُوصِيَّاتِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، كَمَا قَال فِي خُطْبَتِه يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ «**إِنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ حَرَّمَهَا اللَّهُ تَعَالَى يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ، وَإِنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِي، وَلَا تَحِلُّ لأَحَدٍ بَعْدِي، وَإِنَّمَا أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ ثُمَّ عَادَتْ حَرَامًا إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ**».

(وَمَن كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ لَهُ أَن يَدخُل مَكَّةَ بِغَيرِ إِحرَامٍ لِحَاجَتِهِ) لأَنَّهُ يَكثُرُ دُخُولُهُ مَكَّةَ، وَفِي إِيجَابِ الإِحرَامِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَرَجٌ بَيِّنٌ فَصَارَ كَأَهلِ مَكَّةَ حَيثُ يُبَاحُ لَهُم الخُرُوجُ مِنهَا ثُمَّ دُخُولُهَا بِغَيرِ إِحرَامٍ لِحَاجَتِهِم، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَصَدَ أَدَاءَ النُّسُكِ لأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ أَحيَانًا فَلَا حَرَجَ (فَإِن قَدَّمَ الإِحرَامَ عَلَى هَذِهِ المَوَاقِيتِ جَازَ) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِ ﴾ **[البقرة: ١٩٦] وَإِتمَامُهُمَا أَن يُحرِمَ بِهِمَا مِن دُوَيرَةِ أَهلِهِ، كَذَا قَالَهُ عَلِيٌّ وَابنُ مَسعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا. وَالأَفضَلُ التَّقدِيمُ عَلَيهَا لأَنَّ إِتمَامَ الحَجِّ مُفَسَّرٌ بِهِ وَالمَشَقَّةُ فِيهِ أَكثَرُ وَالتَّعظِيمُ أَوفَرُ، وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ أَفضَل إِذَا كَانَ يَملِكُ نَفسَهُ أَن لَا يَقَعَ فِي مَحظُورٍ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ) ظَاهِرٌ، وَالأَصْلُ «أَنَّهُ ﷺ رَخَّصَ لِلحَطَّابِينَ دُخُول مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ»، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (فَإِنْ قَدَّمَ الإِحْرَامَ) ظَاهِرٌ.

قِيل: إِنَّمَا صَغَّرَ الدُّوَيْرَةَ تَعْظِيمًا لِلكَعْبَةِ (كَذَا قَالَهُ عَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ) يَعْنِي أَنَّ إِتْمَامَهُمَا أَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِه، وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلُهُ، وَقِيل إِتْمَامُهُمَا أَنْ يُفْرِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفَرًا كَمَا قَال مُحَمَّدٌ حَجَّةٌ كُوفِيَّةٌ وَعُمْرَةٌ كُوفِيَّةٌ أَفْضَلُ (وَالأَفْضَلُ التَّقْدِيمُ عَلَيْهَا لأَنَّ الإِتْمَامَ مُفَسَّرٌ بِهِ وَالمَشَقَّةُ فِيهِ أَكْثَرُ وَالتَّعْظِيمُ أَوْفَرُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: الإِحْرَامُ مِنْ المِيقَاتِ أَفْضَلُ لأَنَّ الإِحْرَامَ عِنْدَهُ مِنْ الأَدَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ.

(وَمَن كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ فَوَقتُهُ الحِلُّ) مَعنَاهُ الحِلُّ الَّذِي بَينَ المَوَاقِيتِ وَبَينَ الحَرَمِ لأَنَّهُ يَجُوزُ إِحرَامُهُ مِن دُوَيرَةِ أَهلِهِ، وَمَا وَرَاءَ المِيقَاتِ إِلَى الحَرَمِ مَكَانٌ وَاحِدٌ (وَمَن كَانَ بِمَكَّةَ فَوَقتُهُ فِي الحَجِّ الحَرَمُ وَفِي العُمرَةِ الحِلُّ) لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ

أَصحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أَن يُحرِمُوا بِالحَجِّ مِن جَوفِ مَكَّةَ[١]، وَأَمَرَ أَخَا عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا أَن يُعمِرَهَا مِن التَّنعِيمِ[٢] وَهُوَ فِي الحِلِّ، وَلأَنَّ أَدَاءَ الحَجِّ فِي عَرَ وَهِيَ فِي الحِلِّ فَيَكُونُ الإِحرَامُ مِن الحَرَمِ لِيَتَحَقَّقَ نَوعُ سَفَرٍ، وَأَدَاءُ العُمرَةِ فِي الحَرَمِ فَيَكُونُ الإِحرَامُ مِن الحِلِّ لِهَذَا، إلا أَنَّ التَّنعِيمَ أَفضَلُ لِوُرُودِ الأَثَرِ بِهِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ فَوَقْتُهُ) أَيْ مَوْضِعُ إِحْرَامِهِ (الحِلُّ الَّذِي بَيْنَ المِيقَاتِ وَبَيْنَ الحَرَمِ) لا الحِلُّ الَّذِي هُوَ خَارِجُ المِيقَاتِ (لأَنَّهُ يَجُوزُ إِحْرَامُهُ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ) لَمَا تَلَوْنَا، فَلَوْ كَانَ المُرَادُ بِالحِلِّ مَا هُوَ خَارِجَ المِيقَاتِ لَمَا جَازَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ، وَحَيْثُ جَازَ لَهُ ذَلِكَ جَازَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ شَاءَ مِنْ الحِلِّ لأَنَّ مَا وَرَاءَ المِيقَاتِ إِلَى الحَرَمِ مَكَانٌ وَاحِدٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ بِمَكَّةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِوُرُودِ الأَثَرِ بِهِ) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ: وَأَمَرَ أَخَا عَائِشَةَ أَنْ يُعَمِّرَهَا مِنْ التَّنْعِيمِ.

بَابُ الإِحرَامِ

(وَإِذَا أَرَادَ الإِحرَامَ اغتَسَلَ أَو تَوَضَّأَ وَالغُسلُ أَفضَلُ) لَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اغتَسَلَ لإِحرَامِهِ»[٣] إلا أَنَّهُ لِلتَّنظِيفِ حَتَّى تُؤمَرَ بِهِ الحَائِضُ، وَإِن لَم يَقَع فَرضًا عَنهَا فَيَقُومُ الوُضُوءُ مَقَامَهُ كَمَا فِي الجُمُعَةِ، لَكِنَّ الغُسل أَفضَلُ لأَنَّ مَعنَى النَّظَافَةِ فِيهِ أَتَمُّ، وَلأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اختَارَهُ.

قَالَ (وَلَبِسَ ثَوبَينِ جَدِيدَينِ أَو غَسِيلَينِ إِزَارًا وَرِدَاءً) لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ائتَزَرَ وَارتَدَى عِندَ إِحرَامِهِ، وَلأَنَّهُ مَمنُوعٌ عَن لُبسِ المَخِيطِ وَلا بُدَّ مِن سَترِ العَورَةِ وَدَفعِ الحَرِّ وَالبَردِ، وَذَلِكَ فِيمَا عَيَّنَّاهُ، وَالجَدِيدُ أَفضَلُ لأَنَّهُ أَقرَبُ إِلَى الطَّهَارَةِ. قَالَ (وَمَسَّ طِيبًا إِن كَانَ لَهُ) وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يُكرَهُ إِذَا تَطَيَّبَ بِمَا تَبقَى عَينُهُ بَعدَ الإِحرَامِ، وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لأَنَّهُ مُنتَفِعٌ بِالطِّيبِ بَعدَ الإِحرَامِ.

وَوَجهُ المَشهُورِ حَدِيثُ «عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا قَالَت كُنت أُطَيِّبُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

---

(١) أخرجه البخاري باب (٨٢)، ومسلم (١٣٩) كتاب الحج من حديث جابر رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري باب (٦٣)، ومسلم (١٣٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) أخرجه الترمذي (٨٣٠) من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه.

لإحرامِهِ قَبل أن يُحرِمَ»[1] وَالمَمنوعُ عَنهُ التَّطَيُّبُ بَعدَ الإحرَامِ، وَالبَاقِي كَالتَّابِعِ لَهُ لاتِّصَالِهِ بِهِ، بِخِلافِ الثَّوبِ لأنَّهُ مُبَايِنٌ عَنهُ.

الشرح:

(بَابُ الإِحْرَامِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ المَوَاقِيتِ، ذَكَرَ كَيْفِيَّةَ الإِحْرَامِ الَّذِي يُفْعَلُ فِي تِلْكَ المَوَاقِيتِ. وَالإِحْرَامُ لُغَةً مَصْدَرُ أَحْرَمَ إِذَا دَخَلَ فِي الحَرَمِ كَأَشْتَى إِذَا دَخَلَ فِي الشِّتَاءِ. وَفِي عُرْفِ الفُقَهَاءِ تَحْرِيمُ المُبَاحَاتِ عَلَى نَفْسِهِ لأَدَاءِ هَذِهِ العِبَادَةِ، فَإِنَّ مِنْ العِبَادَاتِ مَا لَهَا تَحْرِيمٌ وَتَحْلِيلٌ كَالصَّلاةِ وَالحَجِّ، وَمِنْهَا مَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ كَالصَّوْمِ وَالزَّكَاةِ (وَإِذَا أَرَادَ الإِحْرَامَ اغْتَسَلَ أَوْ تَوَضَّأَ وَالغُسْلُ أَفْضَلُ لِمَا رَوَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ اغْتَسَلَ لإِحْرَامِهِ» وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَالغُسْلُ أَفْضَلُ، وَكَأَنَّهُ يَدْفَعُ مَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ الغُسْلَ إِذَا كَانَ أَفْضَلَ، وَجَبَ أَنْ لا يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ فَقَالَ إلا أَنَّهُ لِلتَّنْظِيفِ حَتَّى تُؤْمَرَ بِهِ الحَائِضُ وَإِنْ لَمْ يَقَعْ فَرْضًا عَنْهَا).

رُوِيَ «أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ ﷺ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أَسْمَاءَ قَدْ نُفِسَتْ فَقَالَ: **مُرْهَا فَلتَغْتَسِل وَلتُحْرِمْ بِالحَجِّ**» وَمَعْلُومٌ أَنَّ الاغْتِسَالَ الوَاجِبَ لا يَتَأَدَّى مَعَ وُجُودِ الحَيْضِ فَكَانَ لِمَعْنَى النَّظَافَةِ، وَكُلُّ غُسْلٍ كَانَ لِمَعْنَى النَّظَافَةِ يَقُومُ الوُضُوءُ مَقَامَهُ (كَمَا فِي الجُمُعَةِ) وَالعِيدَيْنِ (لَكِنَّ الغُسْلَ أَفْضَلُ لأَنَّ مَعْنَى النَّظَافَةِ فِيهِ أَتَمُّ، وَلأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ اخْتَارَهُ) أَيْ آثَرَهُ عَلَى الوُضُوءِ وَضَعْفُ تَرْكِيبِهِ لا يَخْفَى عَلَى المُتَأَمِّلِ (وَلُبْسُ ثَوْبَيْنِ جَدِيدَيْنِ أَوْ غَسِيلَيْنِ إِزَارًا وَرِدَاءً) وَفِي ذِكْرِ الجَدِيدِ نَفْيٌ لِقَوْلِ مَنْ يَقُولُ بِكَرَاهَةِ لُبْسِ الجَدِيدِ عِنْدَ الإِحْرَامِ، وَالإِزَارُ مِنْ الحِقْوِ إِلَى الخَصْرِ، وَالرِّدَاءُ مِنْ الكَتِفِ (لأَنَّهُ ﷺ اتَّزَرَ وَارْتَدَى) أَيْ لَبِسَ الإِزَارَ وَالرِّدَاءَ. وَيُدْخِلُ الرِّدَاءَ تَحْتَ يَمِينِهِ وَيُلْقِيهِ عَلَى كَتِفِهِ الأَيْسَرِ وَيَبْقَى كَتِفُهُ الأَيْمَنُ مَكْشُوفًا وَلا يَزُرُّهُ وَلا يَعْقِدُهُ وَلا يُخَلِّلُهُ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ كُرِهَ وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ مَمْنُوعٌ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الطَّهَارَةِ) لأَنَّهُ لَمْ تُصِبْهُ النَّجَاسَةُ ظَاهِرٌ (وَمَسَّ طِيبًا إِنْ وَجَدَ) أَيَّ طِيبٍ كَانَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَ) رَوَى المُعَلَّى (عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُكْرَهُ إِذَا تَطَيَّبَ بِمَا تَبْقَى عَيْنُهُ بَعْدَ الإِحْرَامِ) كَالمِسْكِ وَالغَالِيَةِ.

---

(١) أخرجه البخاري (١٥٣٩)، ومسلم (٤٥) كتاب الحج من حديث عائشة رضي الله عنها.

قَال مُحَمَّدٌ: كُنْت لا أَرَى بَأْسًا بِذَلِكَ حَتَّى رَأَيْت قَوْمًا أَحْضَرُوا طِيبًا كَثِيرًا وَرَأَيْت أَمْرًا شَنِيعًا فَكَرِهْته (وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ لأَنَّهُ مُنْتَفِعٌ بِالطِّيبِ بَعْدَ الإِحْرَامِ) قِيل: لأَنَّهُ إِذَا عَرِقَ يَنْتَقِلُ إِلى مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْ بَدَنِه فَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ التَّطَيُّبِ ابْتِدَاءً بَعْدَ الإِحْرَامِ فِي المَوْضِعِ الثَّانِي، يُؤَيِّدُهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَأَى أَعْرَابِيًّا عَلَيْهِ خَلُوقٌ فَقَال: **اغْسِل عَنْك هَذَا الخَلُوقَ**»[1] (وَوَجْهُ المَشْهُورِ حَدِيثُ عَائِشَةَ قَالتْ «كُنْت أُطَيِّبُ رَسُول اللَّه ﷺ لإِحْرَامِه قَبْل أَنْ يُحْرِمَ» وَفِيه نَظَرٌ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ الطِّيبُ مِمَّا لا يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ الإِحْرَامِ وَالمَكْرُوهُ ذَلكَ. وَالجَوَابُ: أَنَّ مِنْ جُمْلَة حَدِيث عَائِشَةَ «وَلَقَدْ رَأَيْت وَبِيصَ الطِّيبِ فِي مَفَارِقِ رَسُول اللَّه ﷺ بَعْدَ الإِحْرَامِ» وَلَمَّا كَانَ ذَلكَ مَعْلُومًا مِنْ حَدِيث عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اقْتَصَرَ عَنْ ذِكْرِه (وَلأَنَّ المَمْنُوعَ عَنْ المُحْرِمِ التَّطَيُّبُ وَالبَاقِي كَالتَّابِعِ لهُ لاتِّصَاله بِبَدَنِه) وَلا حُكْمَ للتَّبَعِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلة العَدَمِ (بِخِلافِ الثَّوْبِ المَخِيطِ) إِذَا لُبِسَ قَبْل الإِحْرَامِ، وَبَقِيَ عَلى ذَلكَ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ يَكُونُ مَمْنُوعًا، وَيَكُونُ كَاللابِسِ ابْتِدَاءً حَتَّى يَلزَمَهُ الجَزَاءُ (لأَنَّهُ مُبَايِنٌ عَنْهُ) فَلا يَكُونُ تَابِعًا، وَعَنْ هَذَا إِذَا حَلفَ لا يَتَطَيَّبُ فَدَامَ عَلى طِيبٍ كَانَ بِجَسَدِه لا يَحْنَثُ، وَإِنْ حَلفَ لا يَلبَسُ هَذَا الثَّوْبَ فَدَامَ عَلى لُبْسِه حَنِثَ، وَحَدِيثُ الأَعْرَابِيِّ مَحْمُولٌ عَلى أَنَّهُ كَانَ عَلى ثَوْبِه لا عَلى بَدَنِه.

قَال (وَصَلَّى رَكعَتَيْنِ لِمَا رَوَى جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ صَلَّى بِذِي الحُلَيفَةِ رَكعَتَيْنِ عِندَ إِحرَامِهِ قَال وَقَال: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الحَجَّ فَيَسِّرهُ لِي وَتَقَبَّلهُ مِنِّي»[2] لأَنَّ أَدَاءَهَا فِي أَزمِنَةٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَأَمَاكِنَ مُتَبَايِنَةٍ فَلا يُعَرَّى عَن المَشَقَّةِ عَادَةً فَيَسأَلُ التَّيسِيرَ، وَفِي الصَّلاةِ لَم يَذكُر مِثل هَذَا الدُّعَاءِ لأَنَّ مُدَّتَهَا يَسِيرَةٌ وَأَدَاءَهَا عَادَةً مُتَيَسِّرٌ. قَال (ثُمَّ يُلبِّي عَقِيبَ صَلاتِهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لبَّى فِي دُبُرِ صَلاتِهِ»[3]. وَإِن لبَّى بَعدَمَا استَوَت بِهِ رَاحِلتُهُ جَازَ، وَلكِن الأَوَّلُ أَفضَلُ لِمَا رَوَينَا.

---

(١) أخرجه مسلم (٩) كتاب الحج من حديث يعلى بن أمية ﷺ.

(٢) أخرجه مالك (١٩).

(٣) أخرجه الترمذي (٨١٩)، وانظر اختلاف الصحابة في وقت إهلال النبي ﷺ بالحج مفصلا في نصب الراية (٣/٢٥).

الشرح:

قَال (وَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ) أَيْ إِذَا أَرَادَ الإِحْرَامَ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى بِذِي الْحُلَيْفَةِ رَكْعَتَيْنِ عِنْدَ إِحْرَامِهِ» وَرَوَى عُمَرُ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «**أَتَانِي آتٍ مِنْ رَبِّي وَأَنَا بِالْعَقِيقِ فَقَالَ: صَلِّ فِي هَذَا الْوَادِي الْمُبَارَكِ رَكْعَتَيْنِ وَقُلْ: لَبَّيْكَ بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ مَعًا**» وَيَقْرَأُ فِيهِمَا مَا شَاءَ وَإِنْ قَرَأَ فِي الأُولَى بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ، وَ ﴿ قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ وَفِي الثَّانِيَةِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ، وَ﴿ قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ ﴾ تَبَرُّكًا بِفِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَهُوَ أَفْضَلُ (قَال) يَعْنِي مُحَمَّدًا (وَقَال) يَعْنِي الَّذِي يُرِيدُ الْحَجَّ (اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ فَيَسِّرْهُ لِي وَتَقَبَّلْهُ مِنِّي).

قَال فِي النِّهَايَةِ: وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ لَمْ يَذْكُرْ قَال الأَوَّلُ، وَأَلْحَقَهُ بِحَدِيثِ جَابِرٍ: أَيْ «صَلَّى النَّبِيُّ ﷺ بِذِي الْحُلَيْفَةِ»، وَقَال: أَيْ النَّبِيُّ ﷺ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الأَوَّلُ، لأَنَّهُ هُوَ الْمُثْبَتُ فِي الْكُتُبِ الْمُتْقَنَةِ عَنْ الأَسَاتِذَةِ. وَقَوْلُهُ (لأَنْ أَدَّاهَا) أَيْ أَدَاءُ هَذِهِ الْعِبَادَةِ تَعْلِيلٌ لِسُؤَالِ التَّيْسِيرِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُلَبِّي) يُرِيدُ مَنْ أَرَادَ الْحَجَّ (عَقِيبَ صَلَاتِهِ) اخْتَلَفَ الرُّوَاةُ فِي وَقْتِ تَلْبِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؛ فَقَال ابْنُ عَبَّاسٍ: «لَبَّى دُبُرِ صَلَاتِهِ» وَقَال ابْنُ عُمَرَ «لَبَّى حِينَ اسْتَوَى عَلَى رَاحِلَتِهِ» وَذَكَرَ جَابِرٌ: «أَنَّهُ لَبَّى حِينَ عَلَا الْبَيْدَاءَ» وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رَدَّ هَذَا، فَقَال: يَكْذِبُونَ فِيهَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «وَإِنَّمَا لَبَّى حِينَ اسْتَوَى عَلَى رَاحِلَتِهِ».

وَرُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ قَال: قُلْت لابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَيْفَ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي وَقْتِ تَلْبِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَمَا حَجَّ إِلا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَقَال «لَبَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي دُبُرِ صَلَاتِهِ» فَسَمِعَ ذَلِكَ قَوْمٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فَنَقَلُوا ذَلِكَ، وَكَانَ الْقَوْمُ يَأْتُونَهُ أَرْسَالا فَلَبَّى حِينَ اسْتَوَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ فَسَمِعَ قَوْمٌ فَظَنُّوهَا أَوَّل تَلْبِيَتِهِ فَنَقَلُوا ذَلِكَ، ثُمَّ لَبَّى حِينَ عَلَا الْبَيْدَاءَ، فَسَمِعَهُ قَوْمٌ آخَرُونَ فَظَنُّوهَا أَوَّل تَلْبِيَتِهِ فَنَقَلُوا ذَلِكَ وَايْمُ اللَّهِ مَا أَوْجَبَهَا إِلا فِي مُصَلَّاهُ " فَقُلْنَا: بِأَنَّ الإِتْيَانَ بِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَفْضَلُ لأَنَّهُ أَكَّدَ رِوَايَتَهُ بِالْيَمِينِ، وَالإِتْيَانُ بِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ جَائِزٌ.

(فَإِن كَانَ مُفرِدًا بِالحَجِّ يَنوِي بِتَلبِيَتِهِ الحَجَّ) لأَنَّهُ عِبَادَةٌ وَالأَعمَالُ بِالنِّيَّاتِ (وَالتَّلبِيَةُ أَن يَقُولَ: لَبَّيكَ اللَّهُمَّ لَبَّيك، لَبَّيكَ لا شَرِيكَ لك لَبَّيكَ، إِنَّ الحَمدَ وَالنِّعمَةَ لك

وَالْمُلْكَ، لا شَرِيكَ لك) وَقَوْلُهُ إنَّ الحمدَ بِكَسرِ الألفِ لا بِفتحِهَا ليَكُونَ ابتِداءً لا بِنَاءً إذ الفَتحَةُ صِفَةُ الأولى، وَهُوَ إجَابَةٌ لدُعَاءِ الخَليل صَلَوَاتُ اللَّهِ عَليهِ عَلى مَا هُوَ المَعرُوفُ فِي القِصَّةِ (وَلا يَنبَغِي أَن يُخِلَّ بِشَيءٍ مِن هَذِهِ الكَلمَاتِ) لأَنَّهُ هُوَ المَنقُولُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَاةِ فَلا يَنقُصُ عَنهُ (وَلو زَادَ فِيهَا جَازَ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةِ الرَّبِيعِ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنهُ. هُوَ اعتَبَرَهُ بِالأَذَانِ وَالتَّشَهُّدِ مِن حَيثُ إنَّهُ ذِكرٌ مَنظُومٌ.

وَلنَا أَنَّ أَجِلاءَ الصَّحَابَةِ كَابنِ مَسعُودٍ وَابنِ عُمَرَ وَأَبِي هُرَيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُم زَادُوا عَلى المَأثُورِ، وَلأَنَّ المَقصُودَ الثَّنَاءُ، وَإِظهَارُ العُبُودِيَّةِ فَلا يُمنَعُ مِن الزِّيَادَةِ عَليهِ. قَال (وَإِذَا لبَّى فَقَد أَحرَمَ) يَعنِي إذَا نَوَى لأَنَّ العِبَادَةَ لا تَتَأَدَّى إلا بِالنِّيَّةِ إلا أَنَّهُ لم يَذكُرهَا لتَقدِيمِ الإِشَارَةِ إليهَا فِي قَولهِ " اللَّهُمَّ إنِّي أُرِيدُ الحَجَّ " (وَلا يَصِيرُ شَارِعًا فِي الإِحرَامِ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ مَا لم يَأتِ بِالتَّلبِيَةِ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ عَقدَ عَلى الأَدَاءِ فَلا بُدَّ مِن ذِكرٍ كَمَا فِي تَحرِيمَةِ الصَّلاةِ، وَيَصِيرُ شَارِعًا بِذِكرٍ يَقصِدُ بِهِ التَّعظِيمَ سِوَى التَّلبِيَةِ فَارِسِيَّةً كَانَت أَو عَرَبِيَّةً، هَذَا هُوَ المَشهُورُ عَن أَصحَابِنَا رَحِمَهُم اللَّهُ تَعَالى.

وَالفَرقُ بَينَهُ وَبَينَ الصَّلاةِ عَلى أَصلِهِمَا أَنَّ بَابَ الحَجِّ أَوسَعُ مِن بَابِ الصَّلاةِ، حَتَّى يُقَامَ غَيرُ الذِّكرِ مَقَامَ الذِّكرِ كَتَقلِيدِ البُدنِ فَكَذَا غَيرُ التَّلبِيَةِ وَغَيرُ العَرَبِيَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ مُفْرِدًا بِالحَجِّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالتَّلبِيَةُ أَنْ يَقُول لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ) وَهُوَ مِنْ المَصَادِرِ الَّتِي يَجِبُ حَذْفُ فِعْلِهَا لِوُقُوعِهِ مُثَنًّى. وَاخْتَلفُوا فِي مَعْنَاهُ فَقِيل: مُشْتَقٌّ مِنْ أَلبَ الرَّجُلُ إذَا أَقَامَ فِي مَكَان، فَمَعْنَى لَبَّيْكَ أُقِيمُ عَلى طَاعَتِك إقَامَةً بَعْدَ إقَامَةٍ لأَنَّ التَّلبِيَةَ هَهُنَا للتَّكْرِيرِ، وَالتَّكْرِيرُ يُرَادُ للتَّكْثِيرِ.

وَقِيل: مُشْتَقٌّ مِنْ قَوْلِهِمْ: امْرَأَةٌ لَبَّةٌ أَيْ مُحِبَّةٌ لِزَوْجِهَا فَمَعْنَاهُ مَحَبَّتِي لك يَا رَبِّ.

وَقِيل: مِنْ قَوْلِهِمْ دَارِي تَلبُّ دَارَك أَيْ تُوَاجِهُهَا فَمَعْنَاهُ اتِّجَاهِي إلَيْك مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى وَالأَوَّل أَنْسَبُ. وَقَوْلُهُ (إنَّ الحَمْدَ بِكَسْرِ الأَلفِ لا بِفَتْحِهَا) هَكَذَا رَوَاهُ ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ مَسْعُودٍ فِي صِفَةِ تَلبِيَةِ رَسُول اللَّهِ ﷺ.

وَقَوْلُهُ (لِيَكُونَ ابْتِدَاءً) أَيْ غَيْرَ مُتَعَلِّقٍ بِمَا قَبْلهُ لا بِنَاءً إذْ الفَتْحَةُ صِفَةُ الأُولى) قِيل: مُرَادُهُ الحَقِيقَةُ وَهِيَ المَعْنَى القَائِمُ بِالذَّاتِ لا الصِّفَةِ النَّحْوِيَّةِ، وَتَقْدِيرُهُ: أُلَبِّي أَنَّ الحَمْدَ

وَالنِّعْمَةَ لك، أيْ وَأَنَا مَوْصُوفٌ بِهَذَا القَوْل.

وَقِيل: المُرَادُ بِه التَّعْلِيلُ لأَنَّهُ يَكُونُ بِتَقْدِيرِ اللامِ أيْ لَبَّى لأَنَّ الحَمْدَ، وَفِيه بُعْدٌ.

وَقِيل: مُرَادُهُ أَنَّهُ صِفَةُ التَّلبِيَةِ أيْ أُلبِّي. تَلبيَةً. هِيَ أَنَّ الحَمْدَ لك.

وَعَلى هَذَا قِيل: مَنْ كَسَرَ الهَمْزَةَ فَقَدْ عَمَّ وَمَنْ فَتَحَهَا فَقَدْ خَصَّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أيْ ذِكْرُ التَّلبِيَةِ (إجَابَةٌ لدَعْوَةِ الخَلِيل عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلى مَا هُوَ المَعْرُوفُ فِي القِصَّةِ) وَهِيَ مَا رُوِيَ " أَنَّ الخَلِيل عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لمَّا فَرَغَ مِنْ بِنَاءِ البَيْتِ أُمِرَ بِأَنْ يَدْعُوَ النَّاسَ إلى الحَجِّ، فَصَعِدَ أَبَا قُبَيْسٍ وَقَال: أَلا إنَّ اللَّهَ تَعَالى قَدْ أَمَرَ بِبِنَاءِ بَيْتٍ لهُ وَقَدْ بُنِيَ، أَلا فَحُجُّوهُ فَبَلَّغَ اللَّهُ صَوْتَهُ النَّاسَ فِي أَصْلابِ آبَائِهِمْ وَأَرْحَامِ أُمَّهَاتِهِمْ فَمِنْهُمْ مَنْ أَجَابَ مَرَّةً وَمَرَّتَيْنِ وَأَكْثَرَ مِنْ ذَلكَ عَلى حَسَبِ جَوَابِهِمْ يَحُجُّونَ وَيُؤَيِّدُ هَذَا قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً ﴾ [الحج: ٢٧].

فَالتَّلبِيَةُ إجَابَةٌ لدَعْوَةِ الخَلِيل عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَلا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ وَغَيْرِهِ مِنْ الثَّنَاءِ وَالتَّسْبِيحِ وَالعَرَبِيِّ وَالفَارِسِيِّ. أَمَّا عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ لتَجْوِيزِهِ ذَلكَ فِي تَكْبِيرَةِ الافْتِتَاحِ. وَفَرَّقَ مُحَمَّدٌ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ غَيْرَ الذِّكْرِ ههنا وَهُوَ تَقْلِيدُ الهَدْيِ قَامَ مَقَامَهُ فَكَذَلكَ غَيْرُ العَرَبِيَّةِ يَقُومُ مَقَامَهَا بِخِلافِ الصَّلاةِ، وَبِهَذَا فَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ أَيْضًا بَيْنَ الصَّلاةِ وَالتَّلبِيَةِ، وَلكِنَّ العَرَبِيَّةَ أَفْضَلُ.

وَقَوْلُهُ (فَلا يَنْقُصُ عَنْهُ) قَال الإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْل: لوْ قَال اللَّهُمَّ وَلمْ يَزِدْ عَليْه كَانَ عَلى الاخْتِلافِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي الشُّرُوعِ فِي الصَّلاةِ.

فَمَنْ قَال: يَصِيرُ بِه شَارِعًا فِي الصَّلاةِ قَال: يَصِيرُ بِه مُحْرِمًا، وَمَنْ قَال: لا فَلا.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ زَادَ فِيهَا جَازَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (زَادُوا عَلى المَأْثُورِ).

قَال عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: أَجَهِل النَّاسُ أَمْ طَال بِهِمْ العَهْدُ؟ لبَّيْكَ عَدَدَ التُّرَابِ لبَّيْكَ، وَأَرَادَ بِالعَهْدِ عَهْدَ رَسُول اللَّهِ ﷺ، وَزَادُوا فِي رِوَايَةٍ **«لبَّيْكَ حَقًّا حَقًّا تَعَبُّدًا وَرِقًّا لبَّيْكَ عَدَدَ التُّرَابِ لبَّيْكَ لبَّيْكَ ذَا المَعَارِجِ لبَّيْكَ لبَّيْكَ إلهَ الخَلقِ لبَّيْكَ لبَّيْكَ وَالرَّغْبَاءُ إليْكَ لبَّيْكَ لبَّيْكَ مِنْ عَبْدٍ آبِقٍ لبَّيْكَ»**. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَقْصُودَ الثَّنَاءُ) ظَاهِرٌ. وَالجَوَابُ عَنْ التَّشَهُّدِ وَالأَذَانِ أَنَّ التَّشَهُّدَ فِي تَعْلِيمِه زِيَادَةُ التَّأْكِيد.

قَال ابْنُ مَسْعُودٍ **«كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعَلِّمُنَا التَّشَهُّدَ كَمَا يُعَلِّمُنَا السُّورَةَ مِنْ**

القُرْآن» فَالزِّيَادَةُ تُخلُّ به، بخلاف التَّلبيَة لأَنَّهَا للثَّناء مِنْ غَيْرِ تَأْكيد فِي تَعْليم نَظْمه فَلا تُخلُّ بِهَا الزِّيَادَةُ، وَالأَذَانُ للإعْلام وَقَدْ صَارَ مَعْرُوفًا بِهَذِه الكَلمَات فَلا يَبْقَى إعْلامًا بغَيْرِهَا، وَلَيْسَ فِي المَسْأَلة كَبيرُ خلاف فَإِنَّهُ جَعَل المَنْقُول أَفْضَل فِي رِوَايَة.

قَال فِي شَرْحِ «الوَجيز»: لا تُسْتَحَبُّ الزِّيَادَةُ عَلى تَلبيَة رَسُول اللَّه ﷺ بَل يَكُونُ مَكْرُوهًا، وَنَحْنُ لا نُنْكرُ هَذَا، كَذَا فِي الأَسْرَار. قَال (وَإِذَا لَبَّى فَقَدْ أَحْرَم) مَنْ أَرَادَ الإِحْرَامَ إِذَا نَوَى وَلَبَّى فَقَدْ أَحْرَمَ وَلا يَصيرُ شَارعًا لا بِمُجَرَّد التَّلبيَة، وَلا بمُجَرَّد النِّيَّة. أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ العبَادَةَ لا تَتَأَدَّى إلا بالنِّيَّة إلا أَنَّ القُدُوريَّ لَمْ يَذْكُرْهَا لتَقَدُّمِ الإِشَارَة إِلَيْهَا فِي قَوْله: اللَّهُمَّ إِنِّي أُريدُ الحَجَّ، وَأَمَّا الثَّاني فَلأَنَّهُ عَقَدَ عَلى الأَدَاء أَيْ عَلى أَدَاء عبَادَة تَشْتَملُ عَلى أَرْكَان مُخْتَلفَة، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ فَلا بُدَّ للشُّرُوع فِيه مِنْ ذكْرٍ يُقْصَدُ به التَّعْظِيمُ سَوَاءٌ كَانَ تَلبيَةً أَوْ غَيْرَهَا عَرَبيًّا أَوْ غَيْرَهُ فِي المَشْهُور كَمَا ذَكَرْنَا، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَ الذِّكْرِ كَتَقْليد الهَدْي، فَإِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي حُصُول المَقْصُود وَهُوَ إِظْهَارُ الإِجَابَة للدَّعْوَة.

وَقَال الشَّافعيُّ فِي أَحَد قَوْلَيْه: يَصيرُ شَارعًا بمُجَرَّد النِّيَّة لأَنَّهُ التزَامُ الكَفِّ عَنْ ارْتكَاب المَحْظُورَات، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ يَحْصُلُ الشُّرُوعُ فيه بمُجَرَّد النِّيَّة كَالصَّوْم.

وَالجَوَابُ: إِنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ فِي الإِحْرَامِ التزَمَ الكَفَّ، بَل التَزَمَ أَدَاءَ الأَفْعَال وَالكَفُّ ضمْنيٌّ لأَنَّهُ مِنْ مَحْظُورَات الحَجِّ، بخلاف الصَّوْمِ فَإِنَّ الكَفَّ فيه رُكْنٌ فَكَانَ التزَامُهُ قَصْديًّا.

قَال: (وَيَتَّقِي مَا نَهَى اللَّهُ تَعَالى عَنهُ مِن الرَّفَثِ وَالفُسُوقِ وَالجِدَال) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُه تَعَالى: ﴿ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ [البقرة: ١٩٧] فَهَذَا نَهيٌ بِصِيغَةِ النَّفيِ. وَالرَّفَثُ الجِمَاعُ أَو الكَلامُ الفَاحِشُ، أَو ذِكرُ الجِمَاعِ بِحَضرَةِ النِّسَاءِ وَالفُسُوقُ المَعَاصِي وَهُوَ فِي حَالِ الإِحرَامِ أَشَدُّ حُرمَةً، وَالجِدَالُ أَن يُجَادِل رَفِيقَهُ، وَقِيل: مُجَادَلَةُ المُشرِكِينَ فِي تَقدِيمِ وَقتِ الحَجِّ وَتَأخِيرِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَتَّقي مَا نَهَى اللَّهُ) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (فَهَذَا نَهْيٌ بصيغَة النَّفْي) إِنَّمَا قَالهُ لئَلا يَلزَمَ الخُلفُ فِي كَلامِ الشَّارِعِ لوُجُوده مِنْ بَعْضٍ، وَإِنَّمَا قَال بِحَضْرَة النِّسَاء لأَنَّ ذكْرَ

الجِمَاعِ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِنَّ لَيْسَ مِنْ الرَّفَثِ، رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ أَنْشَدَ فِي إِحْرَامِهِ:

وَهُنَّ يَمْشِينَ بِنَا هَمِيسًا إِنْ يَصْدُقْ الطَّيْرُ نَنِكْ لَمِيسًا

فَقِيل لَهُ أَتَرْفُثُ وَأَنْتَ مُحْرِمٌ؟ فَقَال: إِنَّمَا الرَّفَثُ مَا كَانَ بِحَضْرَةِ النِّسَاءِ.

(وَلا يَقتُلُ صَيدًا) لقَولهِ تَعَالى ﴿ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ [المائدة: ٩٥] (وَلا يُشِيرُ إليهِ وَلا يَدُلُّ عَليهِ) لحَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ ﷺ «أَنَّهُ أَصَابَ حِمَارَ وَحشٍ وَهُوَ حَلالٌ وَأَصحَابُهُ مُحرِمُونَ، فَقَال النَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لأَصحَابِهِ: هَل أَشَرتُم؟ هَل دَللتُم؟ هَل أَعَنتُم؟ فَقَالُوا: لا، فَقَال: إذًا فَكُلُوا»[1] وَلأَنَّهُ إِزَالةُ الأَمنِ عَن الصَّيدِ لأَنَّهُ آمِنٌ بِتَوَحُّشِهِ وَبُعدِهِ عَن الأَعيُنِ.

الشرح:

وَمَعْنَى قَوْله تَعَالَى: ﴿ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ [المائدة: ٩٥] لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ مُحْرِمُونَ. وَقَوْلُهُ: (وَلا يُشِيرُ إلَيْهِ) الإِشَارَةُ تَقْتَضِي الحَضْرَةَ، وَالدَّلالَةُ تَقْتَضِي الغَيْبَةَ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ) أَيْ المَذْكُورُ مِنْ الإِشَارَةِ وَالدَّلالَةِ وَالإِعَانَةِ (إِزَالَةُ الأَمْنِ عَنْ الصَّيْدِ لأَنَّهُ آمِنٌ بِتَوَحُّشِهِ وَبُعْدِهِ عَنْ الأَعْيُنِ) وَهُوَ حَرَامٌ.

قَال (وَلا يَلبَسُ قَمِيصًا وَلا سَرَاوِيل وَلا عِمَامَةً وَلا خُفَّينِ إلا أَن لا يَجِدَ نَعلينِ فَيَقطَعُهُمَا أَسفَل مِن الكَعبَينِ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نَهَى أَن يَلبَسَ المُحرِم هَذِهِ الأَشيَاءَ» وَقَال فِي آخِرِهِ «وَلا خُفَّينِ إلا أَن لا يَجِدَ نَعلينِ فَليَقطَعهُمَا أَسفَل مِن الكَعبَينِ»[2] وَالكَعبُ هُنَا المِفصَلُ الَّذِي فِي وَسَطِ القَدَمِ عِندَ مَعقِدِ الشِّرَاكِ دُونَ النَّاتِئِ فِيمَا رَوَى هِشَامٌ عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلا يَلبَسُ قَمِيصًا) ظَاهِرٌ.

قَال: (وَلا يُغَطِّي وَجهَهُ وَلا رَأسَهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: يَجُوزُ للرَّجُل تَغطِيَةُ الوَجهِ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إحرَامُ الرَّجُل فِي رَأسِهِ وَإِحرَامُ المَرأَةِ فِي

---

(١) أخرجه البخاري كتاب الحج باب (٦١)، ومسلم (٦٠، ٦١) كتاب الحج.

(٢) أخرجه البخاري كتاب الحج باب (٢٢)، ومسلم (١) كتاب الحج من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وَجهِهَا»[١]. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُخمِّرُوا وَجهَهُ وَلا رَأسَهُ فَإنَّهُ يُبعَثُ يَومَ القِيَامَةِ مُلبِّيًا»[٢] قَالهُ فِي مُحرِمٍ تُوُفِّيَ، وَلأنَّ المَرأةَ لا تُغَطِّي وَجهَهَا مَعَ أنَّ فِي الكَشفِ فِتنَةً فَالرَّجُلُ بِالطَّرِيقِ الأولى. وَفَائِدَةُ مَا رُوِيَ الفَرقُ فِي تَغطِيَةِ الرَّأسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالهُ فِي مُحْرِمٍ تُوُفِّيَ) هُوَ الأَعْرَابِيُّ الَّذِي وَقَصَتْهُ نَاقَتُهُ فِي أَخَافِيق الجِرْذَان وَهُوَ مُحْرِمٌ فَمَاتَ وَالوَقْصُ كَسْرُ العُنُقِ وَالأَخَافِيقُ شُقُوقٌ فِي الأَرْضِ، وَالجِرْذَانُ جَمْعُ جُرَذٍ وَهُوَ ضَرْبٌ مِنْ الفَأْرِ.

فَإِنْ قِيل: كَيْفَ يَتَمَسَّكُ أَصْحَابُنَا بِهَذَا الحَدِيث، وَمَذْهَبُنَا عَلى خِلاف حُكْمِ هَذَا الحَدِيثِ فِي مُحْرِمٍ يَمُوتُ فِي إِحْرَامِه حَيْثُ يُصْنَعُ بِه مَا يُصْنَعُ بِالحَلال مِنْ تَغْطِيَة رَأْسه وَوَجْهه بِالكَفَنِ عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَهُوَ يَتَمَسَّكُ هُنَاكَ بِهَذَا الحَدِيث أُجِيبَ: بِأَنَّ الحَدِيثَ فِيه دَلالَةٌ عَلى أَنَّ لِلإِحْرَامِ تَأْثِيرًا فِي تَرْكِ تَغْطِيَة الرَّأْسِ وَالوَجْه، فَإِنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلَّل لِتَرْك التَّغْطِيَة بِأَنَّهُ يُبْعَثُ مُلَبِّيًا.

وَالحُجَّةُ لَنَا فِي تَغْطِيَة رَأْسِ المُحْرِمِ وَوَجْهه إِذَا مَاتَ مَا رَوَى عَطَاءٌ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِل عَنْ مُحْرِمٍ مَاتَ فَقَال: **خَمِّرُوا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَلا تُشَبِّهُوهُ بِاليَهُود**». وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: لوْ كَانَ لِلإِحْرَامِ تَأْثِيرٌ فِي تَرْكِ تَغْطِيَة الرَّأْسِ وَالوَجْه لَمَا أَمَرَ بِتَخْمِيرِهِمَا. وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ المَرْأَةَ لا تُغَطِّي وَجْهَهَا) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ مَا رُوِي) يَعْنِي إِحْرَامَ الرَّجُل فِي رَأْسِه، وَإِحْرَامُ المَرْأَة فِي وَجْهِهَا (الفَرْقُ فِي تَغْطِيَة الرَّأْسِ) يَعْنِي الفَرْقَ بَيْنَ إِحْرَامَيْ الرَّجُل وَالمَرْأَة بِحَيْثُ يَجُوزُ لِلمَرْأَةِ تَغْطِيَةُ الرَّأْسِ، وَلا يَجُوزُ لِلرَّجُل ذَلِكَ لا أَنْ يُغَطِّيَ الرَّجُلُ وَجْهَهُ فِي الإِحْرَامِ.

قَالَ: (وَلا يَمَسُّ طِيبًا) لِقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الحَاجُّ الشَّعِثُ التَّفِلُ»[٣] (وَكَذَا لا يَدَّهِنُ) لِمَا رَوَينَا (لا يَحلِقُ رَأسَهُ وَلا شَعرَ بَدَنِه) لِقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَلَا تَحۡلِقُوا

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٥/٧٤)، والدار قطني (٢/٢٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه مسلم (٩٤) كتاب الحج من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه الترمذي (٣١٩٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وانظر نصب الراية (٣٨/٣).

رُءُوسَكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٦] (وَلا يَقُصُّ مِن لحيَتِهِ) لأنَّ فِي مَعنَى الحَلقِ وَلأنَّ فِيهِ إزَالةُ الشَّعَثِ وَقضَاءِ التَّفَثِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلا يَمسُّ طِيبًا) الطِّيبُ مَا لهُ رَائحَةٌ طَيِّبَةٌ (لقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الحَاجُّ الشَّعِثُ التَّفِلُ» وَالشَّعِثُ بالكَسْرِ نَعْتٌ، وَبالفَتْحَة مَصْدَرٌ: وَهُوَ انْتشَارُ الشَّعْرِ وَتَغَيُّرُهُ لقلَّة التَّعَهُّد وَالتَّفِلُ منْ التَّفْلِ وَهُوَ تَرْكُ الطِّيب حَتَّى يُوجَدَ منْهُ رَائحَةٌ كَريهَةٌ (وَكَذَا لا يَدَّهنُ لمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي «الحَاجُّ الشَّعِثُ التَّفِلُ». قَال (وَلا يَحْلقُ رَأْسَهُ) المُحْرِمُ لا يَحْلقُ شَعْرَهُ مُطْلقًا (لقَوْله تَعَالى ﴿ وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ ﴾ [البقرة: ١٩٦]) وَهُوَ بعبَارَته يَنْهَى عَنْ حَلقِ الرَّأْسِ، وَبدَلالته عَنْ حَلقِ شَعْرِ البَدَن لأنَّ شَعْرَ الرَّأْسِ مُسْتَحِقُّ الأَمْنِ عَنْ الإزَالة لكَوْنه ناميًا يَحْصُلُ الارْتفَاقُ بإزَالته، وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي شَعْرِ البَدَن فَيُلحَقُ بِهِ دَلالةً. وَقَوْلُهُ (وَلا يَقُصُّ منْ لحْيَته) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (قَضَاءُ التَّفَث) يَعْنِي إزَالةَ الوَسَخِ.

قَال: (وَلا يَلبَسُ ثوبًا مَصبُوغًا بوَرسٍ وَلا زَعفرَانٍ وَلا عُصفرٍ) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يَلبَسُ المُحرِمُ ثوبًا مَسَّهُ زَعفرَانٌ وَلا وَرسٌ»[(١)] قَال (إلا أن يَكُونَ غَسِيلا لا يَنفُضُ) لأنَّ المَنعَ للطِّيبِ لا للَّونِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا بَأسَ بِلُبسِ المُعَصفَرِ لأنَّهُ لونٌ لا طِيبَ لهُ. وَلنَا أنَّ لهُ رَائِحَةً طَيِّبَةً.

الشرح:

وَالوَرْسُ صَبْغٌ أَصْفَرُ، وَقيل: نَبْتٌ طَيِّبُ الرَّائحَة، وَفي القَانُون الوَرْسُ شَيْءٌ أَحْمَرُ قَانِئٌ يُشْبِهُ سَحيقَ الزَّعْفَرَان وَهُوَ مَجْلُوبٌ منْ اليَمَنِ وَقَوْلُهُ (لا يَنْفُضُ) أَيْ لا يُوجَدُ منْهُ رَائحَةُ الوَرْسِ وَالزَّعْفَرَان وَالعُصْفُر.

وَعَنْ مُحَمَّد أَنْ لا يَتَعَدَّى أَثَرَ الصَّبْغِ إلى غَيْرِه أَوْ لا تَفُوحَ منْهُ رَائحَةُ الطِّيب. وَالثَّاني: مُخْتَارُ المُصَنِّف لأَنَّهُ قَال (لأَنَّ المَنْعَ للطِّيب لا للَّوْن) وَاعْتُرِضَ عَلى المَرْوِيِّ عَنْ القُدُورِيِّ وَهُوَ يَنْفُضُ عَلى بنَاء الفَاعل لأَنَّهُمْ يَقُولُونَ نَفَضْتُ الثَّوْبَ أَنْفُضُهُ نَفْضًا إذَا حَرَّكْته ليَسْقُطَ مَا عَليْه، وَالثَّوْبُ ليْسَ بنَافضٍ وَأَنْكَرَ هَذه الرِّوَايَةَ وَقيل: بَل هيَ عَلى بنَاءِ

(١) أخرجه البخاري كتاب الحج باب (٢٣) بمعناه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

المَفْعُول، وَلئِنْ كَانَتْ كَانَ إِسْنَادًا مَجَازِيًّا (وَقَال الشَّافعيُّ: لا بَأْسَ بِلُبْسِ المُعَصْفَرِ لأَنَّهُ لوْنٌ لا طِيبَ لهُ) فَلا يَكُونُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ به الحَديثُ وَهُوَ الوَرْسُ وَالزَّعْفَرَانُ لِيُلحَقَ بِهِ، وَقُلنَا حَديثُ الوَرْسِ دَليلٌ فِي العُصْفُرِ بِالأَوْلوِيَّةِ لأَنَّهُ فَوْقَ الوَرْسِ فِي طِيبِ الرَّائِحَةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عَائِشَةَ.

قَال: (وَلا بَأسَ بِأَن يَغتَسِل وَيَدخُل الحَمَّامَ) لأَنَّ عُمَرَ ﷺ اغتَسَل وَهُوَ مُحرِمٌ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَغْتَسِل) ظَاهِرٌ.

(وَ) لا بَأسَ بِأَن (يَستَظِلَّ بِالبَيتِ وَالمحمَلُ) وَقَال مَالكٌ: يُكرَهُ أَن يَستَظِلَّ بِالفُسطَاطِ وَمَا أَشبَهَ ذَلكَ، لأَنَّهُ يُشبِه تَغطِيَةَ الرَّأسِ. وَلنَا أَنَّ عُثمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُ كَانَ يُضرَبُ لهُ فُسطَاطٌ فِي إحرَامِهِ وَلأَنَّهُ لا يَمَسُّ بَدَنَهُ فَأَشبَهَ البَيتَ. وَلو دَخَل تَحتَ أَستَارِ الكَعبَةِ حَتَّى غَطَّتهُ، إن كَانَ لا يُصِيبُ رَاسَهُ وَلا وَجهَهُ فَلا بَأسَ بِهِ لأَنَّهُ استِظلالٌ

(وَ) لا بَأسَ بِأَن (يَشُدَّ فِي وَسَطِهِ الهِميَانَ) وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكرَهُ إذَا كَانَ فِيهِ نَفَقَةُ غَيرِهِ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ. وَلنَا أَنَّهُ ليسَ فِي مَعنَى لُبسِ المَخِيطِ فَاستَوَت فِيهِ الحَالتَانِ (وَلا يَغسِلُ رَاسَهُ وَلا لحيَتَهُ بِالخِطمِيِّ) لأَنَّهُ نَوعُ طِيبٍ، وَلأَنَّهُ يَقتُلُ هَوَامَّ الرَّاسِ.

الشرح:

وَالهِمْيَانُ مَعْرُوفٌ وَهُوَ مَا يُوضَعُ فِيه الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانيرُ. وَسُئلتْ عَائشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: هَل يَلبَسُ المُحْرِمُ الهِمْيَانَ؟ فَقَالتْ: اسْتَوْثِقْ فِي نَفَقَتِك بِمَا شِئْت، وَلأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ المَخِيطِ وَالمَنْهِيُّ عَنْهُ الاسْتِمْتَاعُ بِلُبْسِ المَخِيط.

وَنُوقِضَ بِشَدِّ الإِزَارِ وَالرِّدَاءِ بِحَبْلٍ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ بِالإِجْمَاعِ، وَلَيْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ المَخِيطِ، وَبِمَا إذَا عَصَبَ العِصَابَةَ عَلى رَأْسِه فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ، فَلوْ فَعَلهُ يَوْمًا كَامِلا لزِمَهُ الصَّدَقَةُ، وَليْسَ فِي مَعْنَى لُبْسِ المَخِيطِ. وَأُجِيبَ عَلى الأَوَّل: بِأَنَّ الكَرَاهَةَ فِيه ثَبَتَتْ بِنَصٍّ وَرَدَ فِيه، وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى رَجُلا قَدْ شَدَّ فَوْقَ إزَارِه حَبْلا، فَقَال: **أَلقِ هَذَا الحَبْل وَيْلك**» وَعَنْ الثَّانِي: بِأَنَّ لُزُومَ الصَّدَقَة إنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ تَغْطِيَة بَعْضِ الرَّأْسِ بِالعِصَابَةِ وَالمُحْرِمُ مَمْنُوعٌ مِنْ ذَلكَ إلا أَنَّ مَا يُغَطِّيه جُزْءٌ يَسِيرٌ يُكْتَفَى فِيهِ بِالصَّدَقَةِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ نَوْعُ طِيبٍ وَلأَنَّهُ يَقْتُلُ هَوَامَّ الرَّأْسِ) قِيلَ: لِوُجُودِ هَذَيْنِ المَعْنَيَيْنِ تَكَامَلَتْ الجِنَايَةُ فَوَجَبَ الدَّمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِذَا غَسَلَ رَأْسَهُ بِالخِطْمِيِّ فَإِنَّ لَهُ رَائِحَةً وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَكِيَّةً، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ لأَنَّهُ لَيْسَ بِطِيبٍ بَلْ هُوَ كَالأُشْنَانِ وَلَكِنَّهُ يَقْتُلُ الهَوَامَّ.

قَالَ: (وَيُكْثِرُ مِنَ التَّلْبِيَةِ عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ وَكُلَّمَا عَلَا شَرَفًا أَوْ هَبَطَ وَادِيًا أَوْ لَقِيَ رَكْبًا وَبِالأَسْحَارِ) لأَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يُلَبُّونَ فِي هَذِهِ الأَحْوَالِ، وَالتَّلْبِيَةُ فِي الإِحْرَامِ عَلَى مِثَالِ التَّكْبِيرِ فِي الصَّلَاةِ، فَيُؤْتِي بِهَا عِنْدَ الانْتِقَالِ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ (وَيَرْفَعُ صَوْتَهُ بِالتَّلْبِيَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَفْضَلُ الحَجِّ العَجُّ وَالثَّجُّ»(١) فَالعَجُّ رَفْعُ الصَّوْتِ بِالتَّلْبِيَةِ، وَالثَّجُّ إِسَالَةُ الدَّمِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيُكْثِرُ مِنْ التَّلْبِيَةِ عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ وَكُلَّمَا عَلَا شَرَفًا) المُحْرِمُ يُكْثِرُ التَّلْبِيَةَ فِي خَمْسَةِ أَوْقَاتٍ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَزَادَ الأَعْمَشُ عَنْ خَيْثَمَةَ سَادِسًا وَهُوَ مَا إِذَا اسْتَعْطَفَ الرَّجُلُ رَاحِلَتَهُ، وَالتَّعْلِيلُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَرْفَعُ صَوْتَهُ بِالتَّلْبِيَةِ) المُسْتَحَبُّ عِنْدَنَا فِي الدُّعَاءِ وَالأَذْكَارِ الإِخْفَاءُ إِلا إِذَا تَعَلَّقَ بِإِعْلَانِهِ مَقْصُودٌ كَالأَذَانِ وَالخُطْبَةِ وَغَيْرِهِمَا، وَالتَّلْبِيَةُ لِلإِعْلَامِ بِالشُّرُوعِ فِيمَا هُوَ مِنْ أَعْلَامِ الدِّينِ، فَكَانَ رَفْعُ الصَّوْتِ بِهَا مُسْتَحَبًّا.

قَوْلُهُ: (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ ابْتَدَأَ بِالمَسْجِدِ الحَرَامِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلَّمَا دَخَلَ مَكَّةَ دَخَلَ المَسْجِدَ»(٢) وَلأَنَّ المَقْصُودَ زِيَارَةُ البَيْتِ وَهُوَ فِيهِ، وَلا يَضُرُّهُ لَيْلًا دَخَلَهَا أَوْ نَهَارًا لأَنَّهُ دُخُولُ بَلْدَةٍ فَلا يَخْتَصُّ بِأَحَدِهِمَا (وَإِذَا عَايَنَ البَيْتَ كَبَّرَ وَهَلَّلَ) وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا يَقُولُ: إِذَا لَقِيَ البَيْتَ بِاسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ. وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُعَيِّنْ فِي الأَصْلِ لِمَشَاهِدِ الحَجِّ شَيْئًا مِنَ الدَّعَوَاتِ لأَنَّ التَّوْقِيتَ يُذْهِبُ بِالرِّقَّةِ، وَإِنْ تَبَرَّكَ بِالمَنْقُولِ مِنْهَا فَحَسَنٌ.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣١٩٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وانظر نصب الراية (٣/٣٨).

(٢) أخرجه البخاري في الحج باب ٦٣، ٧٨، من حديث عائشة رضي الله عنها، وانظر نصب الراية (٣/٤١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ تَبَرَّكَ بِالْمَنْقُول مِنْهَا) أَيْ مِنْ الدَّعَوَاتِ (فَحَسَنٌ) وَمِنْ الْمَنْقُول أَنَّهُ إذَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى الْبَيْتِ يَقُولُ: " اللَّهُمَّ زِدْ بَيْتَك تَشْرِيفًا وَتَكْرِيمًا وَتَعْظِيمًا وَبِرًّا وَمَهَابَةً وَزِدْ مَنْ شَرَّفَهُ وَكَرَّمَهُ وَعَظَّمَهُ مِمَّنْ حَجَّهُ أَوْ اعْتَمَرَهُ تَشْرِيفًا وَتَكْرِيمًا وَتَعْظِيمًا وَبِرًّا وَمَهَابَةً بِاسْمِ اللَّهِ وَاَللَّهُ أَكْبَرُ " وَعَنْ عَطَاءٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقُولُ: إذَا لَقِيَ الْبَيْتَ: أَعُوذُ بِرَبِّ الْبَيْتِ مِنْ الدَّيْنِ وَالْفَقْرِ وَضِيقِ الصَّدْرِ وَعَذَابِ الْقَبْرِ».

قَالَ: (ثُمَّ ابتَدَأَ بِالحَجَرِ الأَسوَدِ فَاستَقبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّل) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَخَلَ المَسجِدَ فَابتَدَأَ بِالحَجَرِ فَاستَقبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّل»[1] (وَيَرفَعُ يَدَيهِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لا تُرفَعُ الأَيدِي إلا فِي سَبعَةِ مَوَاطِنَ وَذَكَرَ مِن جُملَتِهَا استِلَامَ الحَجَرِ»[2] قَال (وَاستَلَمَهُ إن استَطَاعَ مِن غَيرِ أَن يُؤذِيَ مُسلِمًا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبَّل الحَجَرَ الأَسوَدَ وَوَضَعَ شَفَتَيهِ عَلَيهِ» وَقَال لِعُمَرَ ﷺ: إنَّك رَجُلٌ أَيدٍ تُؤذِي الضَّعِيفَ فَلا تُزَاحِمِ النَّاسَ عَلَى الحَجَرِ، وَلَكِن إن وَجَدت فُرجَةً فَاستَلِمهُ وَإِلا فَاستَقبِلهُ وَهَلِّل وَكَبِّر "[3]. وَلِأَنَّ الاستِلَامَ سُنَّةٌ وَالتَّحَرُّزُ عَن أَذَى المُسلِمِ وَاجِبٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ ابْتَدَأَ بِالْحَجَرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَاسْتَلَمَهُ) يُقَالُ: اسْتَلَمَ الْحَجَرَ تَنَاوَلَهُ بِالْيَدِ أَوْ بِالْقُبْلَةِ أَوْ مَسَحَهُ بِالْكَفِّ، مِنْ السَّلِمَةِ بِفَتْحِ السِّينِ وَكَسْرِ اللامِ وَهِيَ الْحَجَرُ وَرُوِيَ «أَنَّ رَسُول اللَّهِ ﷺ قَبَّل الْحَجَرَ الْأَسْوَدَ وَوَضَعَ شَفَتَيْهِ عَلَيْه».

وَرُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ فِي خِلافَتِه أَتَى الْحَجَرَ الْأَسْوَدَ وَوَقَفَ فَقَال: أَمَا إنِّي أَعْلَمُ أَنَّك حَجَرٌ لا تَضُرُّ وَلا تَنْفَعُ، وَلَوْلا أَنِّي رَأَيْت رَسُول اللَّه ﷺ اسْتَلَمَك مَا اسْتَلَمْتُك، فَبَلغَ مَقَالَتُهُ عَلِيًّا ﷺ فَقَال: أَمَا إنَّ الْحَجَرَ يَنْفَعُ فَقَال لهُ عُمَرُ: وَمَا مَنْفَعَتُهُ يَا خَتَنَ رَسُول اللَّهِ؟ فَقَال: سَمِعْت رَسُول اللَّهِ ﷺ يَقُولُ «إنَّ اللَّهَ تَعَالى لَمَّا أَخَذَ الذُّرِّيَّةَ مِنْ ظَهْرِ آدَمَ

---

(١) أخرجه البخاري (١٦٠٧)، ومسلم في الحج (حديث ٢٥٣)، وانظر نصب الراية (٣/٤٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (١/٢٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩٢٦١).

عَلَيْهِ السَّلامُ وَقَرَّرَهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ﴾ [الأعراف: ١٧٢] أَوْدَعَ إِقْرَارَهُمْ الحَجَرَ، فَمَنْ يَسْتَلِمْ الحَجَرَ فَهُوَ يُجَدِّدُ العَهْدَ بِذَلِكَ الإِقْرَارِ، وَالحَجَرُ يَشْهَدُ لَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ». وَقَوْلُهُ (إِنَّكَ رَجُلٌ أَيِّدٌ) أَيْ قَوِيٌّ. وَالعُرْجُونُ أَصْلُ الكِبَاسَةِ.

قَالَ: (وَإِن أَمكَنَهُ أَن يَمَسَّ الحَجَرَ شَيئًا فِي يَدِهِ) كَالعُرجُونِ وَغَيرِهِ (ثُمَّ قَبِلَ ذَلكَ فَعِلَ) لمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ طَافَ عَلى رَاحِلَتِهِ وَاستَلَمَ الأَركَانَ بِمِحجَنِهِ»[1] وَإِن لم يَستَطِع شَيئًا مِن ذَلكَ استَقبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّل وَحَمِدَ اللهَ وَصَلَّى عَلى النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَاسْتَلَمَ الأَرْكَانَ) يَعْنِي الحَجَرَ الأَسْوَدَ وَالرُّكْنَ اليَمَانِيَ، وَإِنَّمَا جَمَعَهُ بِاعْتِبَارِ تَكَرُّرِ الأَشْوَاطِ وَإِنَّمَا قُلْنَاهُ لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ بَعْدَ هَذَا، فَإِنَّهُ لا يَسْتَلِمُ غَيْرَهُمَا. وَالمِحْجَنُ بِكَسْرِ المِيمِ وَفَتْحِ الجِيمِ: عُودٌ مُعْوَجُّ الرَّأْسِ كَالصَّوْلَجَانِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ اسْتَقْبَلَهُ وَكَبَّرَ وَهَلَّل) قِيلَ: يَجْعَلُ بَاطِنَ كَفَّيْهِ إِلى الحَجَرِ دُونَ السَّمَاءِ وَلا يَجْعَلُ بَاطِنَ كَفَّيْهِ إِلى السَّمَاءِ كَمَا كَانَ يَفْعَلُ فِي سَائِرِ الأَدْعِيَةِ، لأَنَّ فِي حَقِيقَةِ الاسْتِلامِ يَجْعَلُ بَاطِنَ كَفَّيْهِ إِلى الحَجَرِ هَكَذَا فِي البَدَلِ.

قَالَ: (ثُمَّ أَخَذَ عَن يَمِينِهِ مِمَّا يَلِي البَابَ وَقَد اضطَبَعَ رِدَاءَهُ قَبل ذَلكَ فَيَطُوفُ بِالبَيتِ سَبعَةَ أَشوَاطٍ) لمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ استَلَمَ الحَجَرَ ثُمَّ أَخَذَ عَن يَمِينِهِ مِمَّا يَلِي البَابَ فَطَافَ سَبعَةَ أَشوَاطٍ»[2] (وَالاضطِبَاعُ أَن يَجعَل رِدَاءَهُ تَحتَ إِبطِهِ الأَيمَنِ وَيُلقِيهِ عَلى كَتِفِهِ الأَيسَرِ) وَهُوَ سُنَّةٌ. وَقَد نُقِل ذَلكَ عَن رَسُول اللهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ أَخَذَ عَنْ يَمِينِهِ) بَيَانٌ لِمَبْدَإِ الطَّوَافِ وَهُوَ مِنْ الحَجَرِ. فَإِنْ افْتَتَحَ مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ. وَاخْتَلَفَ المُتَأَخِّرُونَ فِيهِ:

---

(١) أخرجه البخاري (١٦٠٧)، ومسلم في الحج (حديث ٢٥٣) من حديث ابن عباس. وانظر نصب الراية (٣/٤٦).

(٢) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله، والبيهقي عن ابن مسعود، وانظر نصب الراية (٣/٤٨).

فَقَال بَعْضُهُمْ: لا يَجُوزُ وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الرُّقَيَّات. وَوَجْهُهُ أَنَّ الأَمْرَ بِالطَّوَاف مُجْمَلٌ فِي حَقِّ الْبُدَاءَة فَالْتحقَ فِعْلُ النَّبِيِّ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَيَانًا لهُ، فَتُفْتَرَضُ الْبُدَاءَةُ به.

وَقَال آخَرُونَ: يَجُوزُ لأَنَّ الأَمْرَ بِالطَّوَاف مُطْلَقٌ لكنَّ السُّنَّةَ مَا ذُكرَ فِي الكتَاب، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِاليَمِين لأَنَّهُ لوْ أَخَذَ عَنْ يَسَارِه وَهُوَ الطَّوَافُ الْمَنْكُوسُ فَطَافَ كَذَلكَ سَبْعَةَ أَشْوَاط لا يَعْتَدُّ بِطَوَافه عِنْدَنَا، وَيُعِيدُهُ مَا دَامَ بِمَكَّةَ. وَإِنْ رَجَعَ إِلَى أَهْله قَبْل الإِعَادَة فَعَلَيْه دَمٌ.

وَقَال الشَّافعِيُّ: يَعْتَدُّ بِطَوَافه وَقَوْلُهُ (وَقَدْ اضْطَبَعَ رِدَاءَهُ) قَال فِي الْمُغْرِب الصَّوَابُ بِرِدَائِه. وَفِي الصِّحَاحِ: إِنَّمَا سُمِّيَ هَذَا الصَّنِيعُ بِذَلكَ لإِبْدَاء الضَّبْعَيْنِ وَهُوَ التَّأَبُّطُ أَيْضًا.

قَالَ: (وَيَجعَلُ طَوَافَهُ مِن وَرَاءِ الحَطِيمِ) وَهُوَ اسمٌ لمَوضعٍ فِيهِ المِيزَابُ، سُمِّيَ بِهِ لأنَّهُ حُطِّمَ مِن البَيتِ: أَي كُسِرَ، وَسُمِّيَ حِجرًا لأنَّهُ حُجِرَ مِنهُ: أَي مُنِعَ، وَهُوَ مِن البَيتِ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهَا «فَإِنَّ الحَطِيمَ مِن البَيتِ»[1] فَلهَذَا يُجعَلُ الطَّوَافُ مِن وَرَائِه، حَتَّى لو دَخَل الفُرجَةَ الَّتِي بَينَهُ وَبَينَ البَيتِ لا يَجُوزُ، إلا أَنَّهُ إذَا استَقبَل الحَطِيمَ وَحدَهُ لا تُجزِيه الصَّلاةُ لأنَّ فَرضِيَّةَ التَّوَجُّهِ ثَبَتَت بِنَصِّ الكِتَابِ فَلا تَتَأَدَّى بِمَا ثَبَتَت بِخَبَرِ الوَاحِدِ احتِيَاطًا، وَالاحتِيَاطُ فِي الطَّوَافِ أَن يَكُونَ وَرَاءَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فِي حَدِيث عَائِشَةَ) يَعْنِي مَا رُوِيَ «أَنَّ عَائِشَةَ نَذَرَتْ إِنْ فَتَحَ اللَّهُ مَكَّةَ عَلى رَسُول اللَّه ﷺ أَنْ تُصَلِّيَ فِي البَيْت رَكْعَتَيْنِ، فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّه ﷺ بِيَدهَا وَأَدْخَلهَا الحَطِيمَ وَقَال: صَلِّي هَهُنَا فَإِنَّ الحَطِيمَ مِنْ البَيْت إلا أَنَّ قَوْمَك قَصُرَتْ بِهِمْ النَّفَقَةُ فَأَخْرَجُوهُ مِنْ البَيْت، وَلوْلا حَدَثَانُ قَوْمك بِالجَاهِليَّة لنَقَضْت بِنَاءَ البَيْت وَأَظْهَرْت قَوَاعِدَ الخَليل عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَأَدْخَلت الحَطِيمَ فِي البَيْت، وَأَلصَقْت العَتَبَةَ بِالأَرْضِ، وَجَعَلت لهَا بَابًا شَرْقِيًّا وَبَابًا غَرْبِيًّا، وَلئِنْ عِشْت إلى قَابِلٍ لأَفْعَلن ذَلكَ» وَلمْ يَعِشْ وَلمْ يَتَفَرَّغْ لذَلكَ أَحَدٌ مِنْ الخُلفَاء الرَّاشِدينَ حَتَّى كَانَ زَمَنُ عَبْد اللَّه بْنِ الزُّبَيْر، وَكَانَ سَمِعَ الحَدِيثَ مِنْهَا فَفَعَل ذَلكَ وَأَظْهَرَ قَوَاعِدَ الخَليل عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَبَنَى البَيْتَ عَلى قَوَاعِدِ الخَليل بِمَحْضَرٍ مِنْ النَّاسِ، وَأَدْخَل الحَطِيمَ فِي البَيْت فَلمَّا قُتل كَرِه

---

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٤٢، ومسلم في الحج (حديث ٤٠٥).

الحَجَّاجُ بِناءَ الكَعْبَة عَلى مَا فَعلَهُ ابْنُ الزُّبَيْر فَنقَضَ بناءَهَا وَأَعَادَهُ عَلى مَا كَانَ عَلَيْه فِي الجَاهليَّة. وَإذَا كَانَ الحَطِيمُ مِنَ البَيْتِ فَلا بُدَّ مِنْ دُخُوله فِي الطَّوَاف وَبَاقِي كَلامِه وَاضِحٌ.

قَال: (وَيَرمُلُ فِي الثَّلاثَةِ الأُوَل مِن الأَشوَاطِ) وَالرَّمَلُ أَن يَهُزَّ فِي مِشيَتِه الكَتِفَين كَالمُبَارِز يَتَبَختَرُ بَينَ الصَّفَّين وَذَلكَ مَعَ الاضطِبَاعِ. وَكَانَ سَبَبُهُ إظهَارَ الجَلَدِ لِلمُشرِكِين حِينَ قَالُوا: أَضنَاهُم حُمَّى يَثرِبَ، ثُمَّ بَقِيَ الحُكمُ بَعدَ زَوَال السَّبَبِ فِي زَمَن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَبَعدَهُ. قَال (وَيَمشِي فِي البَاقِي عَلى هَيِّنَتِه) عَلى ذَلكَ اتَّفَقَ رُوَاةُ نُسُكِ رَسُول اللَّهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ (وَالرَّمَلُ مِن الحَجَرِ إلى الحَجَرِ) هُوَ المَنقُولُ مِن رَمَل النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ (فَإِن زَحَمَهُ النَّاسُ فِي الرَّمَل قَامَ. فَإِذَا وَجَدَ مَسلكًا رَمَل) لأَنَّهُ لا بُدَّ لهُ فَيَقِفُ حَتَّى يُقِيمَهُ عَلَى وَجهِ السُّنَّةِ بِخِلافِ الاستِلامِ لأَنَّ الاستِقبَال بَدَلٌ لهُ.

الشرح:

قَال: (وَيَرْمُلُ فِي الثَّلاثَة الأُوَل) قَال ابْنُ عَبَّاسٍ: لا رَمَل فِي الطَّوَاف، وَإِنَّمَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّه ﷺ فِي عُمْرَة القَضَاء. وَهُوَ «أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمَّا قَدمَ مَكَّةَ للعُمْرَة عَامَ الحُدَيْبِيَة صَدَّهُ المُشْرِكُونَ عَنْ البَيْت. فَصَالَحَهُمْ عَلى أَنْ يَنْصَرِفَ ثُمَّ يَرْجِعَ فِي العَامِ الثَّانِي وَيَدْخُل مَكَّةَ بغَيْر سِلاحٍ فَيَعْتَمرَ وَيَخْرُجَ، فَلمَّا قَدمَ فِي العَامِ الثَّانِي أَخْلوْا لهُ البَيْتَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، وَصَعدُوا الجَبَل، وَطَافَ رَسُولُ اللَّه ﷺ مَعَ أَصْحَابه، فَسَمعَ بَعْضَ المُشْرِكِينَ يَقُولُ لبَعْضٍ: أَضْنَاهُمْ حُمَّى يَثْرِبَ، فَاضْطَبَعَ رَسُولُ اللَّه ﷺ فَرَمَل وَقَال لأَصْحَابه: رَحِمَ اللَّهُ امْرَأً أَرَى مِنْ نَفْسه قُوَّةً»، فَإِذَا كَانَ ذَلكَ لإِظْهَار الجَلادَة يَوْمَئذ وَقَدْ انْعَدَمَ ذَلكَ المَعْنَى الآنَ فَلا مَعْنَى للرَّمَل. قُلنَا: مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ هُوَ سَبَبُهُ وَلكنَّهُ صَارَ سُنَّةً بِذَلكَ السَّبَب وَبَقِيَ بَعْدَ زَوَاله.

رَوَى جَابرٌ وَابْنُ عُمَرَ: «أَنَّ النَّبيَّ ﷺ طَافَ يَوْمَ النَّحْرِ فِي حَجَّة الوَدَاع فَرَمَل فِي الثَّلاث الأُوَل، وَلمْ يَبْقَ المُشْرِكُونَ بمَكَّةَ عَامَ حَجَّة الوَدَاعِ». وَقَوْلُهُ (وَيَمْشِي فِي البَاقِي عَلى هينَته) أَيْ عَلى السَّكِينَة وَالوَقَار فعْلَةٌ مِنْ الهَوْن (وَالرَّمَلُ مِنْ الحَجَرِ إلى الحَجَرِ) أَيْ مِنْ الحَجَرِ الأَسْوَدِ إلى الحَجَرِ الأَسْوَد (فَإِنْ زَحَمَهُ النَّاسُ فِي الرَّمَل قَامَ) يَعْنِي وَقَفَ. وَلا يَطُوفُ بِدُونِ الرَّمَل فِي تِلكَ الثَّلاث.

قَال: (وَيَستَلِمُ الحَجَرَ كُلَّمَا مَرَّ بِهِ إن استَطَاعَ) لأنَّ أشوَاطَ الطَّوَافِ كَرَكَعَاتِ الصَّلاةِ، فكَمَا يَفتَتِحُ كُلَّ رَكعَةٍ بِالتَّكبِيرِ يَفتَتِحُ كُلَّ شَوطٍ بِاستِلامِ الحَجَرِ. وَإن لم يَستَطِعِ الاستِلامَ استَقبَلَ وَكَبَّرَ وَهَلَّلَ عَلى مَا ذَكَرنَا (وَيَستَلِمُ الرُّكنَ اليَمَانِيَّ) وَهُوَ حَسَنٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ سُنَّةٌ، وَلا يَستَلِمُ غَيرَهُمَا فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ يَستَلِمُ هَذَينِ الرُّكنَينِ وَلا يَستَلِمُ غَيرَهُمَا (وَيَختِمُ الطَّوَافَ بِالاستِلامِ) يَعنِي استِلامَ الحَجَرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَسْتَلِمُ الرُّكْنَ اليَمَانِيَ) وَاليَمَنُ خِلافُ الشَّامِ لأَنَّهَا بِلادٌ عَلَى يَمِينِ الكَعْبَة، وَالنِّسْبَةُ إِلَيْهَا يَمَنِيٌّ بِتَشْدِيد اليَاءِ أَوْ يَمَانٌ بِالتَّخْفِيف عَلَى تَعْوِيضِ الأَلِف مِنْ إِحْدَى يَاءَيْ النِّسْبَة. وَقَوْلُهُ (حَسَنٌ) أَيْ مُسْتَحَبٌّ.

قَال: (ثُمَّ يَأتِي المَقَامَ فَيُصَلِّي عِندَهُ رَكعَتَينِ أو حَيثُ تَيَسَّرَ مِن المَسجِدِ) وَهِيَ وَاجِبَةٌ عِندَنَا.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: سُنَّةٌ لانعِدَامِ دَلِيل الوُجُوبِ. وَلَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «وَليُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسبُوعٍ رَكعَتَينِ»[1] وَالأَمرُ لِلوُجُوبِ (ثُمَّ يَعُودُ إلى الحَجَرِ فَيَستَلِمُهُ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمَّا صَلَّى رَكعَتَينِ عَادَ إلى الحَجَرِ» وَالأَصلُ أَنَّ كُلَّ طَوَافٍ بَعدَهُ سَعيٌ يَعُودُ إلى الحَجَرِ، لأنَّ الطَّوَافَ لَمَّا كَانَ يُفتَتَحُ بِالاستِلامِ فَكَذَا السَّعيُ يُفتَتَحُ بِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا لم يَكُن بَعدَهُ سَعيٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَأْتِي المَقَامَ) أَيْ مَقَامَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَهُوَ الحَجَرُ الَّذِي فِيهِ أَثَرُ قَدَمَيْه (وَهِيَ وَاجِبَةٌ) أَيْ الصَّلاةُ عِنْدَ المَقَامِ وَاجِبَةٌ (عِنْدَنَا وَقَال الشَّافِعِيُّ: سُنَّةٌ لانْعِدَامِ دَلِيل الوُجُوب.

وَلَنَا «قَوْلُهُ ﷺ وَلِيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكْعَتَيْنِ» وَالأَمْرُ لِلوُجُوب) وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ: **أَحَدُهُمَا**: أَنَّ هَذَا الحَدِيثَ لا أَصْل لهُ فِي كُتُبِ الحَدِيث. وَالثَّانِي: أَنَّ حَدِيثَ الأَعْرَابِيِّ وَهُوَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ حِينَ عَلَّمَ الأَعْرَابِيَّ الصَّلَوَات الخَمْسَ، وَقَال

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٣): غريب.

لهُ: هَل عَليَّ غَيْرُهُنَّ؟ قَال لا، إلا أَنْ تَطَوَّعَ» يُعَارِضُهُ، وَهُوَ أَقْوَى مِنْهُ، فَكَيْفَ يُفِيدُ الوُجُوبَ. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ الرَّاوِيَ إذَا كَانَ عَدْلا فَذَلِكَ لا يُوجِبُ القَدْحَ فِيه. وَعَنْ الثَّاني: بِأَنَّ حَدِيثَ الأَعْرَابِيِّ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ، فَإِنَّا أَجْمَعْنَا عَلى أَنَّ صَلاةَ الجَنَازَة وَصَلاةَ العِيدَيْنِ وَاجبَةٌ وَلَيْسَ فِي هَذَا الحَدِيثِ بَيَانُها، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ حَدِيثُ الأَعْرَابِيِّ قَبْل هَذَا الحَدِيث.

قَالَ: (وَهَذَا الطَّوَافُ طَوَافُ القُدُومِ) وَيُسَمَّى طَوَافُ التَّحِيَّةِ (وَهُوَ سُنَّةٌ وَلَيسَ بِوَاجِبٍ) وَقَالَ مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ وَاجِبٌ لِقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن أَتَى البَيتَ فَلْيُحَيِّهِ بِالطَّوَافِ»[1] وَلَنَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالطَّوَافِ، وَالأَمرُ المُطلَقُ لا يَقتَضِي التَّكرَارَ. وَقَد تَعَيَّنَ طَوَافُ الزِّيَارَةِ بِالإِجمَاعِ وَفِيمَا رَوَاهُ سَمَّاهُ تَحِيَّةً، وَهُوَ دَلِيلُ الاستِحبَابِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا الطَّوَافُ طَوَافُ القُدُومِ) هَذَا الطَّوَافُ لهُ أَرْبَعَةُ أَسْمَاء: طَوَافُ القُدُومِ، وَطَوَافُ التَّحِيَّة، وَطَوَافُ اللِّقَاء، وَطَوَافُ أَوَّل العَهْد. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ سُنَّةٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَفِيمَا رَوَاهُ سَمَّاهُ تَحِيَّةً) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلال مَالك بِالحَدِيث، وَهَذَا لأَنَّ التَّحِيَّةَ فِي اللُّغَة اسْمٌ لإِكْرَامٍ يَبْتَدِئُ بِه الإِنْسَانُ عَلى سَبِيل التَّبَرُّعِ، فَلا يَدُلُّ عَلى الوُجُوبِ، وَإِنْ كَانَ عَلى صِيغَةِ الأَمْرِ كَمَا فِي قَوْله «**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ**».

فَإِنْ قِيل: قَوْله تَعَالى ﴿ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ ﴾ [النساء: ٨٦] وَارِدٌ بِلفْظ التَّحِيَّة، وَرَدُّ السَّلامِ وَاجِبٌ. أُجِيبَ: بِأَنَّ المَأْمُورَ بِه الأَحْسَنُ، وَهُوَ لَيْسَ بِوَاجِب. سَلَّمْنَاهُ وَلكِنَّ ذِكْرَ لفْظ التَّحِيَّة وَقَعَ بِطَرِيقِ المُشَاكَلة.

(وَلَيسَ عَلَى أَهلِ مَكَّةَ طَوَافُ القُدُومِ) لانعِدَامِ القُدُومِ فِي حَقِّهِم. قَالَ (ثُمَّ يَخرُجُ إِلَى الصَّفَا فَيَصعَدُ عَلَيهِ وَيَستَقبِلُ البَيتَ وَيُكَبِّرُ وَيُهَلِّلُ. وَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَيَرفَعُ يَدَيهِ وَيَدعُو اللَّهَ لِحَاجَتِهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ صَعِدَ الصَّفَا حَتَّى إِذَا نَظَرَ إِلَى البَيتِ قَامَ مُستَقبِلَ القِبلَةِ يَدعُو اللَّهَ»[2] وَلأَنَّ الثَّنَاءَ وَالصَّلاةَ يُقَدَّمَانِ عَلَى الدُّعَاءِ تَقرِيبًا إِلَى الإِجَابَةِ كَمَا فِي غَيرِهِ مِن الدَّعَوَاتِ. وَالرَّفعُ سُنَّةُ الدُّعَاءِ. وَإِنَّمَا يَصعَدُ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٧): غريب جدًّا.

(٢) سبق تخريجه.

بِقَدرِ مَا يَصِيرُ البَيتُ بِمَرأى مِنهُ، لأنَّ الاستِقبَال هُوَ المَقصُودُ بِالصُّعُودِ، وَيَخرُجُ إلى الصَّفَا مِن أيِّ بَابٍ شَاءَ. وَإنَّمَا خَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ مِن بَابِ بَنِي مَخزُومٍ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى بَابَ الصَّفَا لأنَّهُ كَانَ أقرَبَ الأبوَابِ إلى الصَّفَا لا أنَّهُ سُنَّةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلى أَهْلِ مَكَّةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يَخْرُجُ إلى الصَّفَا) ظَاهِرٌ. وَقَال فِي التُّحْفَة: تَأْخِيرُ السَّعْيِ بَيْنَ الصَّفَا وَالمَرْوَة إلى طَوَافِ الزِّيَارَة أَوْلى، لكَوْنه وَاجبًا فَجَعْلُهُ تَابعًا للفَرْضِ أَوْلى، لكنَّ العُلمَاءَ رَخَّصُوا فِي إتْيَان السَّعْيِ عَقيبَ طَوَاف القُدُومِ، لأَنَّ يَوْمَ النَّحْرِ الَّذي هُوَ وَقْتُ طَوَاف الزِّيَارَة يَوْمُ شُغْلٍ منْ الذَّبْحِ وَرَمْيِ الجِمَارِ وَنَحْوِ ذَلكَ، فَكَانَ فِي جَعْله تَابعًا للسُّنَّة، وَهُوَ طَوَافُ القُدُوم تَخْفيفٌ عَلى النَّاسِ.

قَال (ثُمَّ يَنحَطُّ نَحوَ المَروَةِ وَيَمشِي عَلى هَيِّنَتِهِ " فَإِذَا بَلَغَ بَطنَ الوَادِي يَسعَى بَينَ المِيلينِ الأَخضَرَينِ سَعيًا، ثُمَّ يَمشِي عَلى هَيِّنَتِهِ حَتَّى يَأتِيَ المَروَةَ فَيَصعَدُ عَليهَا وَيَفعَلُ كَمَا فَعَل عَلى الصَّفَا) لِمَا رُوِيَ «أنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَزَل مِن الصَّفَا وَجَعَل يَمشِي نَحوَ المَروَةِ وَسَعَى فِي بَطنِ الوَادِي، حَتَّى إذَا خَرَجَ مِن بَطنِ الوَادِي مَشَى حَتَّى صَعِدَ المَروَةَ وَطَافَ بَينَهُمَا سَبعَةَ أَشوَاطٍ»[1] قَال (وَهَذَا شَوطٌ وَاحِدٌ فَيَطُوفُ سَبعَةَ أَشوَاطٍ يَبدَأ بِالصَّفَا وَيَختِمُ بِالمَروَةِ) وَيَسعَى فِي بَطنِ الوَادِي فِي كُلِّ شَوطٍ لِمَا رَوَينَا، وَإِنَّمَا يَبدَأ بِالصَّفَا لِقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِيهِ «ابدَءُوا بِمَا بَدَأَ اللَّهُ تَعَالى بِهِ» ثُمَّ السَّعيُ بَينَ الصَّفَا وَالمَروَةِ وَاجِبٌ وَليسَ بِرُكنٍ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إنَّهُ رُكنٌ لِقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إنَّ اللَّهَ تَعَالى كَتَبَ عَليكُم السَّعيَ فَاسعَوا»[2]. وَلَنَا قَولُه تَعَالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ﴾ **[البقرة: ١٥٨] وَمِثلُهُ يُستَعمَلُ لِلإِبَاحَةِ فَيَنفِي الرُّكنِيَّةَ وَالإِيجَابَ إلا أنَّا عَدَلنَا عَنهُ فِي الإِيجَابِ. وَلأنَّ الرُّكنِيَّةَ لا تَثبُتُ إلا بِدَليلٍ مَقطُوعٍ بِهِ وَلم يُوجَد. ثُمَّ مَعنَى مَا رُوِيَ كُتِبَ استِحبَابًا كَمَا فِي قَولِه تَعَالى** ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ ﴾ **[البقرة: ١٨٠].**

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٣٦٦)، وأحمد (٦/٤٢١، ٤٢٢)، والحاكم في المستدرك (٤/٧٠). وانظر نصب الراية (٣/٦١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَنْحَطُّ) أَيْ يَنْزِلُ (نَحْوَ المَرْوَةِ وَيَمْشِي عَلى هِينَتِه) أَيْ عَلى السَّكِينَة وَالوَقَارِ (فَإذَا بَلغَ بَطْنَ الوَادِي سَعَى بَيْنَ المِيلَيْنِ الأَخْضَرَيْنِ) رَوَى جَابِرٌ «لَمَّا صَعِدَ النَّبِيُّ ﷺ عَلى الصَّفَا قَال: **لا إلهَ إلا اللَّهُ وَحْدَهُ لا شَرِيكَ لهُ، لهُ المُلكُ وَلهُ الحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ وَهُوَ عَلى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، لا إلهَ إلا اللَّهُ وَحْدَهُ، أَنْجَزَ وَعْدَهُ وَنَصَرَ عَبْدَهُ، وَهَزَمَ الأَحْزَابَ وَحْدَهُ، ثُمَّ قَرَأَ مِقْدَارَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ آيَةً مِنْ سُورَةِ البَقَرَةِ، ثُمَّ نَزَل وَجَعَل يَمْشِي نَحْوَ المَرْوَةِ، فَلمَّا انْصَبَّتْ قَدَمَاهُ فِي بَطْنِ الوَادِي سَعَى حَتَّى التَوَى إزَارُهُ بِسَاقَيْهِ وَهُوَ يَقُولُ: رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ وَتَجَاوَزْ عَمَّا تَعْلمُ إنَّك أَنْتَ الأَعَزُّ الأَكْرَمُ**».

وَقَوْلُهُ: (وَيَفْعَلُ كَمَا فَعَل عَلى الصَّفَا) أَيْ مِنْ التَّكْبِيرِ وَالتَّهْلِيل وَالصَّلاةِ عَلى النَّبِيِّ ﷺ وَالدُّعَاءِ لِحَاجَتِه. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا شَوْطٌ وَاحِدٌ فَيَطُوفُ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ يَبْدَأُ بِالصَّفَا وَيَخْتِمُ بِالمَرْوَةِ) فِيه إشَارَةٌ إلى نَفْيِ قَوْل الطَّحَاوِيِّ: إنَّهُ يَطُوفُ بَيْنَهُمَا سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ مِنْ الصَّفَا إلى الصَّفَا، وَهُوَ لا يَعْتَبِرُ رُجُوعَهُ فَلا يَجْعَلُ ذَلكَ شَوْطًا آخَرَ. وَالأَصَحُّ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ لأَنَّ رُوَاةَ نُسُكِ رَسُول اللَّه ﷺ اتَّفَقُوا عَلى أَنَّهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ طَافَ بَيْنَهُمَا سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ، وَعَلى مَا قَالهُ الطَّحَاوِيُّ يَصِيرُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ شَوْطًا، كَذَا فِي المَبْسُوطِ.

فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ الطَّوَافِ وَالسَّعْيِ حَتَّى كَانَ مَبْدَأُ الطَّوَافِ هُوَ المُنْتَهَى دُونَ السَّعْيِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الطَّوَافَ دَوَرَانٌ لا يَتَأَتَّى إلا بِحَرَكَةٍ دَوْرِيَّةٍ، فَيَكُونُ المَبْدَأُ وَالمُنْتَهَى وَاحِدًا بِالضَّرُورَةِ.

وَأَمَّا السَّعْيُ فَهُوَ قَطْعُ مَسَافَةٍ بِحَرَكَةٍ مُسْتَقِيمَةٍ وَذَلكَ لا يَقْتَضِي عَوْدَهُ عَلى بَدْئِه. وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله «وَيَسْعَى فِي بَطْنِ الوَادِي» وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَبْدَأُ بِالصَّفَا) ظَاهِرٌ (ثُمَّ السَّعْيُ بَيْنَ الصَّفَا وَالمَرْوَةِ وَاجِبٌ وَليْسَ بِرُكْنٍ) عِنْدَنَا (وَقَال الشَّافِعِيُّ: إنَّهُ رُكْنٌ لِقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**إنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَليْكُمْ السَّعْيَ فَاسْعَوْا**» وَلنَا قَوْله تَعَالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ﴾ [البقرة: ١٥٨] وَوَجْهُ الاسْتِدْلال بِمَا ذَكَرَهُ أَنَّ مِثْلهُ يُسْتَعْمَلُ لِلإِبَاحَةِ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم

بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وَمَا يُسْتَعْمَلُ للإِبَاحَةِ (يَنْفِي الرُّكْنِيَّةَ وَالإِيجَابَ إلا أَنَّا عَدَلْنَا عَنْهُ) أَيْ عَنْ ظَاهِرِ الآيَةِ (فِي الإِيجَابِ) أَيْ تَرَكْنَا العَمَلَ بِظَاهِرِهَا فِي نَفْيِ الإِيجَابِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا أَوْجَبَ العُدُولَ وَاخْتَلفَ فِيهِ الشَّارِحُونَ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: عَمَلا بِمَا رَوَاهُ لأَنَّهُ خَبَرُ وَاحِدٍ يُوجِبُ الإِيجَابَ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بِأَوَّلِ الآيَةِ وَهُوَ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلۡمَرۡوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٥٨].

فَإِنَّ الشَّعَائِرَ جَمْعُ شَعِيرَةٍ وَهِيَ العَلامَةُ، وَذَلِكَ يَكُونُ فَرْضًا، فَأَوَّلُ الآيَةِ يَدُلُّ عَلى الفَرْضِيَّةِ، وَآخِرُهَا عَلى الإِبَاحَةِ، فَعَمِلنَا بِهِمَا، وَقُلنَا بِالوُجُوبِ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِفَرْضٍ عِلمًا وَهُوَ فَرْضٌ عَمَلا، فَكَانَ فِيهِ نَوْعٌ مِنْ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْ الفَرْضِ وَالاسْتِحْبَابِ. وَقِيلَ: بِالإِجْمَاعِ، لأَنَّ الرُّكْنِيَّةَ لا تَثْبُتُ إلا بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ، وَمَا رَوَيْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ مَعْنَى مَا رُوِيَ) تَأْوِيلٌ لِلحَدِيثِ.

وَقِيل فِي قَوْلِهِ (كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ﴾ [البقرة: ١٨٠]) نَظَرٌ، لأَنَّ الوَصِيَّةَ لِلوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ كَانَتْ فَرْضًا ثُمَّ نُسِخَتْ، فَكَانَ كُتِبَ دَالا عَلى الفَرْضِيَّةِ. وَالجَوَابُ: أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُجْمَعٍ عَلَيْهِ، بَل قَال بَعْضُهُمْ: لَيْسَتْ بِمَنْسُوخَةٍ بَل يُجْمَعُ لِلوَارِثِ بَيْنَ الوَصِيَّةِ وَالمِيرَاثِ، وَلِلمَانِعِ يَكْفِيهِ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيل: مَا بَالُ المُصَنِّفِ أَعْرَضَ عَنْ الاسْتِدْلال بِحَدِيثِهِ، فَإِنَّهُ لِكَوْنِهِ خَبَرَ وَاحِدٍ أَدَلُّ عَلى الوُجُوبِ مِنْ الرُّكْنِيَّةِ.

فَالجَوَابُ: أَنَّهُ إِنَّمَا أَعْرَضَ عَنْهُ لأَنَّ رَاوِيَهُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ المُؤَمَّلِ وَهُوَ ضَعِيفٌ قَالهُ النَّسَائِيُّ وَيَحْيَى بْنُ مَعِينٍ وَالدَّارَقُطْنِيّ، وَقَال أَحْمَدُ: أَحَادِيثُهُ مُنْكَرَةٌ.

قَال: (ثُمَّ يُقِيمُ بِمَكَّةَ حَرَامًا) لأَنَّهُ مُحرِمٌ بِالحَجِّ فَلا يَتَحَلَّلُ قَبل الإِتيَانِ بِأَفعَالِهِ، قَال (وَيَطُوفُ بِالبَيتِ كُلَّمَا بَدَا لهُ) لأَنَّهُ يُشبِهُ الصَّلاةَ. قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الطَّوَافُ بِالبَيتِ صَلاةٌ. وَالصَّلاةُ خَيرُ مَوضُوعٍ»[1] فَكَذَا الطَّوَافُ إلا أَنَّهُ لا يَسعَى عَقِيبَ هَذِهِ الأَطوِفَةِ فِي هَذِهِ المُدَّةِ لأَنَّ السَّعيَ لا يَجِبُ فِيهِ إلا مَرَّةً. وَالتَّنَفُّلُ بِالسَّعيِ غَيرُ مَشرُوعٍ. وَيُصَلِّي لِكُلِّ أُسبُوعٍ رَكعَتَينِ، وَهِيَ رَكعَتَا الطَّوَافِ عَلى مَا بَيَّنَّا.

---

(١) أخرجه الترمذي في الحج باب ١١٢ (حديث ٩٦٠)، والنسائي في المناسك باب ١٣٦ (باب الكلام في الطواف).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يُقِيمُ بِمَكَّةَ حَرَامًا) أَيْ مُحْرِمًا (لأَنَّهُ مُحْرِمٌ بِالحَجِّ) لِشُرُوعِهِ فِيهِ. وَكُلُّ مَنْ كَانَ كَذَلِكَ (لا يَتَحَلَّلُ قَبْلَ الإِتْيَانِ بِأَفْعَالِهِ) وَهَذَا لَمْ يَأْتِ بِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالصَّلاةُ خَيْرُ مَوْضُوعٍ فَكَذَا الطَّوَافُ) قِيلَ: إلا أَنَّ طَوَافَ التَّطَوُّعِ أَفْضَلُ لِلغُرَبَاءِ. وَصَلاةَ التَّطَوُّعِ أَفْضَلُ لأَهْلِ مَكَّةَ، لأَنَّ الغُرَبَاءَ يَفُوتُهُمْ الطَّوَافُ وَلا تَفُوتُهُمْ الصَّلاةُ، وَأَهْلُ مَكَّةَ لا يَفُوتُهُمْ الأَمْرَانِ فَعِنْدَ الاجْتِمَاعِ الصَّلاةُ أَفْضَلُ. وَقَوْلُهُ: (وَالتَّنَفُّلُ بِالسَّعْيِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ) لأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ مَرَّةً فَالتَّكْرَارُ لا يَكُونُ إلا بِالقِيَاسِ عَلَى الطَّوَافِ، وَلا مَجَال لهُ فِيهِ.

قَال: (فَإِذَا كَانَ قَبل يَومِ التَّروِيَةِ بِيَومٍ خَطَبَ الإِمَامُ خُطبَةً يُعَلِّمُ فِيهَا النَّاسَ الخُرُوجَ إلى مِنًى وَالصَّلاةَ بِعَرَفَاتٍ وَالوُقُوفَ وَالإِضَافَةِ) وَالحَاصِلُ أَنَّ فِي الحَجِّ ثَلاثَ خُطَبٍ: أَوَّلُهَا مَا ذَكَرنَا، وَالثَّانِيَةُ بِعَرَفَاتٍ يَومَ عَرَفَةَ، وَالثَّالثَةُ بِمِنًى فِي اليَومِ الحَادِي عَشَرَ، فَيُفصَلُ بَينَ كُلِّ خُطبَتَينِ بِيَومٍ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَخطُبُ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مُتَوَالِيَةٍ أَوَّلُهَا يَومُ التَّروِيَةِ لأَنَّهَا أَيَّامُ المَوسِمِ وَمُجتَمَعُ الحَاجِّ. وَلنَا أَنَّ المَقصُودَ مِنهَا التَّعلِيمُ. وَيَومُ التَّروِيَةِ وَيَومُ النَّحرِ يَومَا اشتِغَالٍ، فَكَانَ مَا ذَكَرنَاهُ أَنفَعَ وَفِي القُلُوبِ أَنجَعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا كَانَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ بِيَوْمٍ) وَهُوَ اليَوْمُ السَّابِعُ مِنْ ذِي الحِجَّةِ (خَطَبَ الإِمَامُ) يَعْنِي خُطْبَةً وَاحِدَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْلِسَ بَيْنَ الخُطْبَتَيْنِ بَعْدَ صَلاةِ الظُّهْرِ، وَكَذَلِكَ فِي الخُطْبَةِ الثَّالثَةِ الَّتِي تُخْطَبُ بِمِنًى، وَأَمَّا فِي خُطْبَةِ عَرَفَاتٍ فَيَجْلِسُ بَيْنَ الخُطْبَتَيْنِ وَهِيَ قَبْلَ صَلاةِ الظُّهْرِ، وَقَوْلُهُ (وَالحَاصِلُ أَنَّ فِي الحَجِّ ثَلاثَ خُطَبٍ) ظَاهِرٌ.

(فَإِذَا صَلَّى الفَجرَ يَومَ التَّروِيَةِ بِمَكَّةَ خَرَجَ إلى مِنًى فَيُقِيمُ بِهَا حَتَّى يُصَلِّيَ الفَجرَ مِن يَومِ عَرَفَةَ) " لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ صَلَّى الفَجرَ يَومَ التَّروِيَةِ بِمَكَّةَ، فَلَمَّا طَلَعَت الشَّمسُ رَاحَ إلى مِنًى فَصَلَّى بِمِنًى الظُّهرَ وَالعَصرَ وَالمَغرِبَ وَالعِشَاءَ وَالفَجرَ ثُمَّ رَاحَ إلى عَرَفَاتٍ»[1] (وَلو بَاتَ بِمَكَّةَ لَيلَةَ عَرَفَةَ وَصَلَّى بِهَا الفَجرَ ثُمَّ غَدَا إلى عَرَفَاتٍ وَمَرَّ بِمِنًى أَجزَأَهُ) لأَنَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِمِنًى فِي هَذَا اليَومِ إِقَامَةُ نُسُكٍ، وَلَكِنَّهُ أَسَاءَ بِتَركِهِ الاقتِدَاءَ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

---

(١) سبق تخريجه، وهو من حديث جابر الطويل. وانظر نصب الراية (٣/ ٦٥).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِذَا صَلَّى الفَجْرَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ) وَهُوَ اليَوْمُ الثَّامِنُ مِنْ ذِي الحِجَّةِ قِيل: إِنَّمَا سُمِّيَ بِذَلِكَ لأَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَأَى لَيْلَةَ التَّرْوِيَةِ كَأَنَّ قَائِلا يَقُولُ لَهُ: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكَ بِذَبْحِ ابْنِكَ هَذَا، فَلَمَّا أَصْبَحَ تَرَوَّى: أَيْ تَفَكَّرَ فِي ذَلِكَ مِنْ الصَّبَاحِ إِلَى الرَّوَاحِ أَمِنْ اللَّهِ تَعَالَى هَذَا الحُلُمُ أَمْ مِنْ الشَّيْطَانِ؟ فَمِنْ ثَمَّةَ سُمِّيَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ. فَلَمَّا أَمْسَى رَأَى مِثْلَ ذَلِكَ، فَعَرَفَ أَنَّهُ مِنْ اللَّهِ تَعَالَى، فَمِنْ ثَمَّ سُمِّيَ يَوْمَ عَرَفَةَ. ثُمَّ رَأَى مِثْلَهُ فِي اللَّيْلَةِ الثَّالِثَةِ فَهَمَّ بِنَحْرِهِ فَسُمِّيَ اليَوْمُ بِيَوْمِ النَّحْرِ.

وَقِيل: إِنَّمَا سُمِّيَ يَوْمُ التَّرْوِيَةِ بِذَلِكَ لأَنَّ النَّاسَ يَرْوُونَ بِالمَاءِ مِنْ العَطَشِ فِي هَذَا اليَوْمِ يَحْمِلُونَ المَاءَ بِالرَّوَايَا إِلَى عَرَفَاتٍ وَمِنًى. وَإِنَّمَا سُمِّيَ يَوْمُ عَرَفَةَ بِهِ لأَنَّ جِبْرِيل عَلَيْهِ السَّلامُ عَلَّمَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ المَنَاسِكَ كُلَّهَا يَوْمَ عَرَفَةَ فَقَال لَهُ: أَعَرَفْت فِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَطُوفُ؟ وَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَسْعَى؟ وَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَقِفُ؟ وَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ تَنْحَرُ وَتَرْمِي؟ فَقَال عَرَفْت، فَسُمِّيَ يَوْمَ عَرَفَةَ وَسُمِّيَ يَوْمُ الأَضْحَى بِهِ لأَنَّ النَّاسَ يُضَحُّونَ فِيهِ بِقَرَابِينِهِمْ.

قَال: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلى عَرَفَاتٍ فَيُقِيمُ بِهَا) لا رَوَيْنَا، وَهَذَا بَيَانُ الأَولوِيَّةِ. أَمَّا لو دَفَعَ قَبلهُ جَازَ لأَنَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا المَقَامِ حُكمٌ. قَال فِي الأَصل: وَيَنزِلُ بِهَا مَعَ النَّاسِ لأَنَّ الانتِبَاذَ تَجَبُّرٌ وَالحَالُ حَالُ تَضَرُّعٍ وَالإِجَابَةُ فِي الجَمعِ أَرجَى. وَقِيل مُرَادُهُ أَن لا يَنزِل عَلَى الطَّرِيقِ كَي لا يُضَيِّقَ عَلَى المَارَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلى عَرَفَات) أَيْ يَتَوَجَّهُ مِنْ مِنًى بَعْدَ صَلاةِ الفَجْرِ يَوْمَ عَرَفَةَ إِلَى عَرَفَاتٍ (فَيُقِيمُ بِهَا لِمَا رَوَيْنَا) «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَاحَ إِلَى عَرَفَاتٍ» (وَهَذَا بَيَانُ الأَوْلَوِيَّةِ أَمَّا لَوْ دَفَعَ قَبْلَهُ) أَيْ قَبْل طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَهَذَا إِضْمَارٌ قَبْل الذِّكْرِ، وَكَانَ مِنْ حَقِّ الكَلامِ أَنْ يَقُول: ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إِلَى عَرَفَاتٍ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ حَتَّى يَصِحَّ بِنَاءُ قَوْلِهِ وَهَذَا: أَيْ التَّوَجُّهُ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ.

وَقَوْلُهُ أَمَّا لَوْ دَفَعَ قَبْلَهُ. عَلَيْهِ قَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ: تَرْكُ هَذَا القَيْدِ سَهْوٌ مِنْ الكَاتِبِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) الضَّمِيرُ لِلشَّأْنِ. وَقَوْلُهُ (لا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا المَقَامِ) يَعْنِي مِنًى (حُكْمٌ)

مِنْ المَنَاسِك فَيَجُوزُ الذَّهَابُ قَبْل طُلُوعِ الشَّمْسِ إلى عَرَفَات للوُقُوف فِيهَا وَهُوَ الرُّكْنُ الأَعْظَمُ. لا يُقَالُ: لَم لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُكْثُ نَفسُهُ إلى طُلُوعِ الشَّمْسِ مِنْ المَناسِك كَالوُقُوف بِالمُزْدَلفَة، لأَنَّ ذَلكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِدَلِيلٍ مَنْقُولٍ وَلَمْ يُوجَدْ. وَقَوْلُهُ (وَيَنْزِلُ بِهَا) أَيْ بِعَرَفَةَ (مَعَ النَّاسِ لأَنَّ الانْتِبَاذَ) أَيْ الانْفِرَادَ (تَجَبُّرٌ) وَقَوْلُهُ (وَقِيل مُرَادُهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ مَعَ النَّاسِ (أَنْ لا يَنْزِل عَلى الطَّرِيقِ).

قَال (وَإِذَا زَالت الشَّمسُ يُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ الظُّهرَ وَالعَصرَ فَيَبتَدِئُ فَيَخطُبُ خُطبَةً يُعَلِّمُ فِيهَا النَّاسَ الوُقُوفَ بِعَرَفَةَ وَالمُزدَلفَةِ وَرَميَ الجِمَارِ وَالنَّحرَ وَالحَلقَ وَطَوَافَ الزِّيَارَةِ، يَخطُبُ خُطبَتَينِ يَفصِلُ بَينَهُمَا بِجِلسَةٍ كَمَا فِي الجُمُعَةِ) هَكَذَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ.

وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَخطُبُ بَعدَ الصَّلاةِ، لأَنَّهَا خُطبَةُ وَعظٍ وَتَذكِيرٍ فَأَشبَهَ خُطبَةَ العِيدِ. وَلنَا مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ المَقصُودَ مِنهَا تَعلِيمُ المَنَاسِكِ وَالجَمعِ مِنهَا.

وَفِي ظَاهِرِ المَذهَبِ: إِذَا صَعِدَ الإِمَامُ المِنبَرَ فَجَلسَ أَذَّنَ المُؤَذِّنُونَ كَمَا فِي الجُمُعَةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى أَنَّهُ يُؤَذِّنُ قَبل خُرُوجِ الإِمَامِ. وَعَنهُ أَنَّهُ يُؤَذِّنُ بَعدَ الخُطبَةِ. وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرنَا لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمَّا خَرَجَ وَاستَوَى عَلى نَاقَتِهِ أَذَّنَ المُؤَذِّنُونَ بَينَ يَدَيهِ. وَيُقِيمُ المُؤَذِّنُ بَعدَ الفَرَاغِ مِن الخُطبَةِ لأَنَّهُ أَوَانُ الشُّرُوعِ فِي الصَّلاةِ فَأَشبَهَ الجُمُعَةَ. قَال (وَيُصَلِّي بِهِم الظُّهرَ العَصرَ فِي وَقتِ الظُّهرِ بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَينِ) وَقَد وَرَدَ النَّقلُ المُستَفِيضُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَاةِ بِالجَمعِ بَينَ الصَّلاتَينِ.

وَفِيمَا رَوَى جَابِرٌ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلاهُمَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَينِ»، ثُمَّ بَيَانُهُ أَنَّهُ يُؤَذِّنُ للظُّهرِ وَيُقِيمُ للظُّهرِ ثُمَّ يُقِيمُ للعَصرِ لأَنَّ العَصرَ يُؤَدَّى قَبل وَقتِهِ المَعهُودِ فَيُفرِدُ بِالإِقَامَةِ إِعلامًا للنَّاسِ (وَلا يَتَطَوَّعُ بَينَ الصَّلاتَينِ) تَحصِيلا لِمَقصُودِ الوُقُوفِ وَلِهَذَا قُدِّمَ العَصرُ عَلى وَقتِهِ، فَلو أَنَّهُ فَعَل فِعلا مَكرُوهًا وَأَعَادَ الأَذَانَ للعَصرِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، خِلافًا لِمَا رُوِيَ عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ الاشتِغَال بِالتَّطَوُّعِ أَو بِعَمَلٍ آخَرَ يَقطَعُ فَورَ الأَذَانِ الأَوَّل فَيُعِيدُهُ للعَصرِ (فَإِن صَلَّى بِغَيرِ خُطبَةٍ أَجزَأَهُ) لأَنَّ هَذِهِ الخُطبَةَ لَيسَت بِفَرِيضَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا زَالتْ الشَّمْسُ) يَعْنِي فِي عَرَفَاتٍ (لِيُصَلِّيَ الإِمَامُ بِالنَّاسِ الظُّهْرَ

وَالعَصْرَ فَيَبْتَدِئُ فَيَخْطُبُ خُطْبَةً) يَعْنِي قَبْلَ الصَّلاةِ وَلَفظُ يَبْتَدِئُ يُشِيرُ إلى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّه ﷺ).

رَوَى جَابِرٌ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا زَاغَتْ الشَّمْسُ أَمَرَ بِالقَصْوَاءِ فَرُحِلتْ لهُ فَرَكِبَ حَتَّى أَتَى بَطْنَ الوَادِي فَخطَبَ للنَّاسِ، ثُمَّ أَذَّنَ بِلالٌ ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى الظُّهْرَ، ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى العَصْرَ» وَقَوْلُهُ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله هَكَذَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّه ﷺ (وَفِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ إذَا صَعِدَ الإِمَامُ المِنْبَرَ فَجَلسَ أَذَّنَ المُؤَذِّنُونَ كَمَا فِي الجُمُعَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُؤَذِّنُ قَبْلَ خُرُوجِ الإِمَامِ) مِنْ الفُسْطَاطِ، فَإِذَا فَرَغَ المُؤَذِّنُ خَرَجَ الإِمَامُ لأَنَّ هَذَا الأَذَانَ لأَدَاءِ الظُّهْرِ كَمَا فِي سَائِرِ الأَيَّامِ (وَعَنْهُ أَنَّهُ يُؤَذِّنُ بَعْدَ الخُطْبَةِ).

قَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ: وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدِي وَإِنْ كَانَ عَلى خِلافِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا صَحَّ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ.

قَال المُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ (لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا خَرَجَ وَاسْتَوَى عَلى نَاقَتِهِ أَذَّنَ المُؤَذِّنُونَ بَيْنَ يَدَيْهِ) وَوَجْهُ الصِّحَّةِ أَنَّ رِوَايَةَ جَابِرٍ تَقْتَضِي الأَذَانَ بَعْدَ خُطْبَةٍ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تَقْتَضِيهِ قَبْلَهَا فَتَعَارَضَتَا فَصِرْنَا إلى مَا بَعْدَهُمَا مِنْ الحُجَّةِ وَهُوَ القِيَاسُ عَلى الجُمُعَةِ (وَيُقِيمُ المُؤَذِّنُ بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْ الخُطْبَةِ لأَنَّهُ أَوَانُ الشُّرُوعِ فِي الصَّلاةِ فَأَشْبَهَ الجُمُعَةَ) قَال: (وَيُصَلِّي بِهِمْ الظُّهْرَ وَالعَصْرَ فِي وَقْتِ الظُّهْرِ) أَيْ يُصَلِّي الإِمَامُ بِالقَوْمِ الظُّهْرَ وَالعَصْرَ فِي وَقْتِ الظُّهْرِ (بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ) أَمَّا نَفْسُ الجَمْعِ بَيْنَ الصَّلاتَيْنِ فَلِوُرُودِ النَّقْلِ المُسْتَفِيضِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَاةِ بِالجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَأَمَّا كَوْنُهُ بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ فَلمَا رَوَى جَابِرٌ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ صَلاهُمَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ وَبَيَانُهُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (وَلا يَتَطَوَّعُ بَيْنَ الصَّلاتَيْنِ) يَعْنِي لا الإِمَامُ وَلا القَوْمُ. وَقَوْلُهُ (خِلافًا لِمَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ) فَإِنَّهُ يَقُولُ: لا يُعِيدُ الأَذَانَ لأَنَّ الوَقْتَ قَدْ جَمَعَهُمَا فَيُكْتَفَى بِأَذَانٍ وَاحِدٍ كَمَا فِي العِشَاءِ مَعَ الوِتْرِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ الاشْتِغَال بِالتَّطَوُّعِ أَوْ بِعَمَلٍ آخَرَ يَقْطَعُ فَوْرَ الأَذَانِ الأَوَّلِ) وَقَطْعُ فَوْرِ الأَذَانِ الأَوَّلِ يُوجِبُ إعَادَتَهُ لِلعَصْرِ لأَنَّ الأَذَانَ لِلإِعْلامِ وَكُلُّ صَلاةٍ أَصْلٌ بِنَفْسِهَا، إلا أَنَّهُ إذَا جُمِعَ بَيْنَهُمَا اسْتَغْنَيَا عَنْ الإِعْلامِ، وَإِذَا قُطِعَ عَادَ حُكْمُهُ الأَصْلِيُّ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ خُطْبَةٍ) ظَاهِرٌ.

قَال (وَمَن صَلَّى الظُّهرَ فِي رَحلِهِ وَحدَهُ صَلَّى العَصرَ فِي وَقتِهِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى. وَقَالا: يَجمَعُ بَينَهُمَا المُنفَرِدُ لأَنَّ جَوَازَ الجَمعِ لِلحَاجَةِ إلى امتِدَادِ الوُقُوفِ وَالمُنفَرِدِ مُحتَاجٌ إليهِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ المُحَافَظَةَ عَلى الوَقتِ فَرضٌ بِالنُّصُوصِ فَلا يَجُوزُ تَركُهُ إلا فِيمَا وَرَدَ الشَّرعُ بِهِ، وَهُوَ الجَمعُ بِالجَمَاعَةِ مَعَ الإِمَامِ وَالتَّقدِيمُ لِصِيَانَةِ الجَمَاعَةِ لأَنَّهُ يَعسُرُ عَلَيهِم الاجتِمَاعُ لِلعَصرِ بَعدَ مَا تَفَرَّقُوا فِي المَوقِفِ لا لِمَا ذَكَرَاهُ إذ لا مُنَافَاةَ، ثُمَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الإِمَامُ شَرطٌ فِي الصَّلاتَينِ جَمِيعًا.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي العَصرِ خَاصَّةً لأَنَّهُ هُوَ المُغَيَّرُ عَن وَقتِهِ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ الإِحرَامُ بِالحَجِّ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّقدِيمَ عَلى خِلافِ القِيَاسِ عُرِفَ شَرعُهُ فِيمَا إذَا كَانَت العَصرُ مُرَتَّبَةً عَلى ظُهرٍ مُؤَدًّى بِالجَمَاعَةِ مَعَ الإِمَامِ فِي حَالَةِ الإِحرَامِ بِالحَجِّ فَيُقتَصَرُ عَلَيهِ، ثُمَّ لا بُدَّ مِن الإِحرَامِ بِالحَجِّ قَبل الزَّوَال فِي رِوَايَةٍ تَقدِيمًا لِلإِحرَامِ عَلى وَقتِ الجَمعِ، وَفِي أُخرَى يَكتَفِي بِالتَّقدِيمِ عَلى الصَّلاةِ لأَنَّ المَقصُودَ هُوَ الصَّلاةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ صَلَّى الظُّهْرَ فِي رَحْلِه) أَيْ فِي مَنْزِلِه (وَحْدَهُ صَلَّى العَصْرَ فِي وَقْتِه عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: المُنْفَرِدُ وَغَيْرُهُ سِيَّان فِي الجَمْعِ بَيْنَهُمَا) وَمَبْنَى الاخْتِلاف عَلى أَنَّ تَقْدِيمَ العَصْرِ عَلى وَقْتِه لأَجْلِ مُحَافَظَةِ الجَمَاعَةِ أَوْ لامْتِدَادِ الوُقُوفِ، فَعِنْدَهُ لِلأَوَّلِ وَعِنْدَهُمَا لِلثَّانِي. لَهُمَا أَنَّ جَوَازَ الجَمْعِ لِلحَاجَةِ إلى امْتِدَادِ الوُقُوفِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لا جَمْعَ عَلى مَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ الوُقُوفُ، وَأَنَّ الحَاجَّ يَحْتَاجُ إلى الدُّعَاءِ فِي وَقْتِ الوُقُوفِ، فَشُرِعَ الجَمْعُ لِئَلا يَشْتَغِل عَنْ الدُّعَاءِ.

وَالمُنْفَرِدُ وَغَيْرُهُ فِي هَذِه الحَاجَةِ سَوَاءٌ فَيَسْتَوِيَان فِي جَوَازِ الجَمْعِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُحَافَظَةَ عَلى الوَقْتِ فَرْضٌ بِالنُّصُوصِ) قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ [البقرة: ٢٣٨] وَقَال تَعَالى ﴿ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا ﴾ [النساء: ١٠٣] وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لا يَجُوزُ تَرْكُهُ إلا بِدَلِيلٍ قَطْعِيٍّ، وَذَلِكَ فِيمَا وَرَدَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ وَالخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مَعَ وُفُورِ الصَّحَابَةِ مِنْ

الجَمْعِ بِالجَمَاعَةِ مَعَ الإِمَامِ فَلا يَجُوزُ بِدُونِه.

وَقَوْلُهُ: (وَالتَّقْدِيمُ لصِيَانَة الجَمَاعَة) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلِّمُ أَنَّ جَوَازَ الجَمْعِ بِالتَّقْدِيمِ لامْتِدَاد الوُقُوف بَل لصِيَانَة الجَمَاعَة، لأَنَّهُ يَعْسُرُ عَلَيْهِمْ الاجْتِمَاعُ للعَصْرِ بَعْدَمَا تَفَرَّقُوا لأَنَّ المَوْقِفَ مَوْضِعٌ وَاسِعٌ ذُو طُولٍ وَعَرْضٍ فَلا يُمْكِنُهُمْ إِقَامَةُ الجَمَاعَة إلا بالاجْتِمَاعِ وَأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ مَرَّتَيْنِ فِي العَادَة فَعَجَّلُوا العَصْرَ لئَلا تَفُوتَهُمْ فَضِيلةُ الجَمَاعَة لحَقِّ الوُقُوف، لأَنَّ الجَمَاعَةَ تَفُوتُ لا إلى خَلَف، وَحَقُّ الوُقُوف يَتَأَدَّى قَبْلُ وَبَعْدُ وَمَعَهُ، إِذْ لا مُنَافَاةَ بَيْنَ الوُقُوف وَالصَّلاة لأَنَّ الوُقُوفَ لا يَنْقَطِعُ بالاشْتِغَال بالصَّلاة كَمَا لا يَنْقَطِعُ بالأَكْل وَالشُّرْبِ وَالتَّوَضُّؤِ وَغَيْرِ ذَلكَ، وَفِي كَلامه تَسَامُحٌ لأَنَّهُ جَعَل علَّةَ تَقْدِيمِ العَصْرِ تَحْصِيل مَقْصُود الوُقُوف حَيْثُ قَال: وَلِهَذَا قُدِّمَ العَصْرُ عَلى وَقْته، وَههنا جَعَل علَّتَهُ صِيَانَةَ الجَمَاعَة، فَإِنْ كَانَ المَقْصُودُ منْ الوُقُوف صِيَانَةَ الجَمَاعَة صَحَّ الكَلامُ، لكنْ لَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّ المَقْصُودَ منْهُ أَدَاءُ أَعْظَمِ رُكْنَيْ الحَجِّ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلكَ تَنَاقَضَ كَلامُهُ وَتَوَارَدَ علَّتَان عَلى مَعْلُول وَاحد بالشَّخْصِ وَذَلكَ غَيْرُ جَائز.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بأَنَّ المَقْصُودَ منْ الوُقُوف شَيْئَان أَحَدُهُمَا عَاجِلٌ وَالثَّاني آجِلٌ. وَالأَوَّلُ هُوَ امْتِدَادُ المُكْث لأَجْل الدُّعَاء لمَصَالح دِينه وَدُنْيَاهُ. وَالثَّاني أَدَاءُ الرُّكْنِ وَصِيَانَةُ الجَمَاعَة، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَقْدِيمُ العَصْرِ مَعْلُولا لتَحْصِيل مَقْصُود الوُقُوف منْ حَيْثُ المَقْصُودُ الأَوَّلُ، وَلصِيَانَة الجَمَاعَة منْ حَيْثُ الثَّانِي، وَإِذَا اخْتَلَفَتْ الجِهَةُ انْدَفَعَ التَّنَاقُضُ وَتَوَارُدُ العلَّتَيْنِ.

وَالحَاصِلُ أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلى أَنَّ المَقْصُودَ منْهُ للمُكَلَّف هُوَ الامْتِدَادُ فِي المُكْث لأَجْل الدُّعَاء، وَلكنَّهُمْ اخْتَلفُوا فِي وُجُود غَيْرِه فَقَالا: مَا ثَمَّةَ غَيْرُهُ، وَفيه المُنْفَرِدُ وَالجَمَاعَةُ سَوَاءٌ، وَقَال: بَل ثَمَّةَ غَيْرُهُ، وَهُوَ مَا لهُ منْ صِيَانَة الجَمَاعَة، وَلَيْسَ المُنْفَرِدُ فِيه كَالجَمَاعَة ثُمَّ عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: الإِمَامُ شَرْطٌ فِي الصَّلاتَيْنِ جَمِيعًا.

وَقَال زُفَرُ: فِي العَصْرِ خَاصَّةً لأَنَّهُ هُوَ المُغَيَّرُ عَنْ وَقْته) وَاشْترَاطُ الإِمَامِ للتَّغَيُّر (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّقْدِيمَ عَلى خِلاف القِيَاسِ عُرِفَ شَرْعُهُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ العَصْرُ مُرَتَّبَةً عَلى ظُهْرٍ مُؤَدًّى بالجَمَاعَة مَعَ الإِمَامِ فِي حَالَة الإِحْرَامِ بالحَجِّ).

وَكُلُّ مَا كَانَ شَرْعُهُ عَلى خِلاف القِيَاسِ بِالنَّصِّ يَقْتَصِرُ عَلى مَوْرِدِهِ (وَعَلى هَذَا

الخِلاف الإِحْرَامُ بالحَجِّ) قَال أَبو حَنِيفَةَ: الإِحْرَامُ شَرْطٌ فِيهمَا جَمِيعًا.

وَقَال زُفَرُ: هُوَ شَرْطٌ فِي صَلاة العَصْرِ وَثَمرَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَلال مَكِّيٍّ صَلَّى الظُّهْرَ مَعَ الإِمَامِ ثُمَّ أَحْرَمَ بالحَجِّ فَصَلَّى العَصْرَ مَعَهُ، أَوْ المُحْرِمُ بالعُمْرَة صَلَّى الظُّهْرَ ثُمَّ أَحْرَمَ فَصَلَّى العَصْرَ مَعَ الإِمَامِ لَمْ يُجْزِه العَصْرُ إلا فِي وَقْتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَ زُفَرَ تَجُوزُ (ثُمَّ لا بُدَّ مِنْ الإِحْرَامِ بِالحَجِّ قَبْل الزَّوَال فِي رِوَايَة) لأَنَّ الإِحْرَامَ شَرْطُ جَوَازِ الجَمْعِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَجَوَازُ الجَمْعِ يَتحَقَّقُ إذَا زَالتْ الشَّمْسُ مُقَارِنًا، وَالمُتَقَدِّمُ عَلى أَحَدِ المُتَقَارِنَيْنِ مُتَقَدِّمٌ عَلى الآخَرِ (وَفِي) رِوَايَةٍ (أُخْرَى يُكْتَفَى بِالتَّقْدِيمِ عَلى الصَّلاةِ لأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الصَّلاةُ).

قَال: (ثُمَّ يَتَوَجَّهُ إلى المَوقِفِ فَيَقِفُ بِقُربِ الجبَلِ وَالقَومُ مَعَهُ عَقِيبَ انصِرَافِهِم مِن الصَّلاةِ) لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَاحَ إلى المَوقِفِ عَقِيبَ الصَّلاةِ وَالجبَلُ يُسَمَّى جَبَل الرَّحمَة، وَالمَوقِفَ الأعظَمَ.

الشرح:

قَال: (ثُمَّ يَتوَجَّهُ الإِمَامُ إلى المَوْقِف) أَيْ بَعْدَ الجَمْعِ بَيْنَ الصَّلاتَيْنِ يَتَوَجَّهُ الإِمَامُ إلى المَوْقِف (فَيَقِفُ بِقُرْبِ الجَبَل لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَاحَ إلى المَوْقِفِ عَقِيبَ الصَّلاة) وَقَوْلُهُ (وَالجَبَلُ يُسَمَّى جَبَل الرَّحْمَة) ظَاهِرٌ.

قَال: (وَعَرَفَاتٌ كُلُّهَا مَوقِفٌ إلا بَطنَ عُرَنَة) لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «عَرَفَاتٌ كُلُّهَا مَوقِفٌ وَارتَفِعُوا عَن بَطنِ عُرَنَة، وَالمُزدَلفَةُ كُلُّهَا مَوقِفٌ وَارتَفِعُوا عَن وَادِي مُحَسِّرٍ»[١]. قَال (وَيَنبَغِي للإِمَامِ أَن يَقِفَ بِعَرَفَة عَلى رَاحِلتِهِ) لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَقَفَ عَلى نَاقَتِهِ[٢] (وَإِن وَقَفَ عَلى قَدَمَيهِ جَازَ) وَالأَوَّلُ أَفضَلُ لمَا بَيَّنَّا (وَيَنبَغِي أَن يَقِفَ مُستَقبِل القِبلة) لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَقَفَ كَذَلك، وَقَال النَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «خَيرُ المَوَاقِفِ مَا استُقبِلت بِهِ القِبلةُ» (وَيَدعُو وَيُعَلِّمُ النَّاسَ المَنَاسِكَ) لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ يَدعُو يَومَ عَرَفَة مَادًّا يَدَيهِ كَالمُستَطعِمِ المِسكِينِ»[٣] (وَيَدعُو بِمَا شَاءَ) وَإِن وَرَدَ الآثَارُ بِبَعضِ الدَّعوَاتِ، وَقَد أَورَدنَا تَفصِيلهَا فِي

(١) أخرجه ابن ماجه في المناسك باب ٥٥ (حديث ٣٠١٢) وأحمد (٨٢/٤).

(٢) أخرجه البخاري (١٦٦١)، ومسلم في الصيام (حديث ١١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٤٧٤)، وانظر نصب الراية (٧٢/٣).

كِتَابِنَا المُتَرجَمُ [بِعُدَّةِ النَّاسِكِ فِي عِدَّةٍ مِن المَنَاسِكِ] بِتَوفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (بَطْنُ عُرَنَة) وَادٍ بحذَاءِ عَرَفَات. قِيل رَأى النَّبيُّ ﷺ فيه الشَّيْطَانَ، فَكَانَ هَذَا نَظِيرَ النَّهْيِ عَنْ الصَّلاةِ فِي السَّاعَات الثَّلاث. (وَالمُزْدَلفَةُ) إنَّمَا سُمِّيَتْ بهَا لاجْتمَاعِ النَّاسِ فِيهَا وَمِنْهُ قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَزْلَفْنَا ثَمَّ ٱلْأَخَرِينَ ﴾ [الشعراء: ٦٤] أَيْ جَمَعْنَاهُمْ، وَقِيل مِنْ الازْدِلاف بمَعْنَى التَّقَرُّب، وَمِنْهُ قَوْله تَعَالى ﴿ وَأُزْلِفَتِ ٱلْجَنَّةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾ [الشعراء: ٩٠] أيْ قُرِّبَتْ، وَسُمِّيَتْ بهَا لاقْتِرَابِ النَّاسِ إلى مِنًى بَعْدَ الإفَاضَةِ مِنْ عَرَفَات (وَوَادي مُحَسِّر) بكَسْرِ السِّينِ وَتَشْدِيدهَا هُوَ بَيْنَ مَكَّةَ وَعَرَفَات.

وَقَوْلُهُ: (كَالمُسْتَطْعِمِ المِسْكِين) فِي تَقْدِيمِ الصِّفَة فَائِدَةٌ وَهِيَ المُبَالغَةُ فِي تَحْقِيقِ المُدِّ، فَإِنَّ التَّشْبِيهَ حِينَئِذٍ إنَّمَا يَحْصُلُ بِحَالَة الاسْتِطْعَامِ وَهِيَ حَالَةُ الاحْتِيَاجِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَرَدَ الآثَارُ بِبَعْضِ الدَّعَوَات) عَنْ عَليٍّ أنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَال: «**إنَّ أَكْثَرَ دُعَائي وَدُعَاءِ الأَنْبِيَاءِ مِنْ قَبْلي عَشيَّةَ عَرَفَةَ: لا إلهَ إلا اللَّهُ وَحْدَهُ لا شَرِيكَ لهُ، لهُ المُلكُ وَلهُ الحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ وَهُوَ حَيٌّ لا يَمُوتُ بِيَده الخَيْرُ وَهُوَ عَلى كُلِّ شَيْءٍ قَديرٌ. اللَّهُمَّ اجْعَل فِي قَلبِي نُورًا وَفِي سَمْعِي نُورًا وَفِي بَصَرِي نُورًا. اللَّهُمَّ اشْرَحْ لي صَدْرِي وَيَسِّرْ لي أَمْرِي، وَأَعُوذُ بكَ مِنْ وَسْوَاسِ الصَّدْرِ وَشَتَاتِ الأَمْرِ وَفِتْنَة القَبْرِ. اللَّهُمَّ إنِّي أَعُوذُ بكَ مِنْ شَرِّ مَا يَلجُ فِي البَحْرِ وَشَرِّ مَا تَهُبُّ به الرِّيَاحُ**».

قَال: (وَيَنْبَغِي للنَّاسِ أنْ يَقِفُوا بقُرْب الإمَامِ) لأَنَّهُ يَدْعُو وَيُعَلِّمُ فَيَعُوا وَيَسْمَعُوا (وَيَنْبَغِي أنْ يَقِفَ وَرَاءَ الإمَامِ) ليَكُونَ مُسْتَقْبِل القِبْلة، وَهَذَا بَيَانُ الأَفْضَليَّة لأَنَّ عَرَفَات كُلَّهَا مَوْقِفٌ عَلى مَا ذَكَرْنَا.

قَال (وَيُستَحَبُّ أن يَغتَسِل قَبل الوُقُوفِ وَيَجتَهد فِي الدُّعَاءِ) أمَّا الاغتِسَالُ فَهُوَ سُنَّةٌ وَليسَ بِوَاجِبٍ، وَلو اكتَفَى بِالوُضُوءِ جَازَ كَمَا فِي الجُمُعَةِ وَالعِيدَينِ وَعِندَ الإحرَامِ. وَأَمَّا الاجتِهَادُ فَلأنَّهُ ﷺ اجتَهَدَ فِي الدُّعَاءِ فِي هَذَا المَوقِفِ لأُمَّتِهِ فَاستُجِيبَ لهُ إلا فِي الدِّمَاءِ وَالمَظَالمِ (وَيُلبِّي فِي مَوقِفِهِ سَاعَةً بَعدَ سَاعَةٍ).

وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: يَقطَعُ التَّلبِيَةَ كَمَا يَقِفُ بِعَرَفَةَ لأَنَّ الإجَابَةَ بِاللِّسَانِ قَبل الاشتِغَال بِالأَركَانِ. وَلنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مَا زَال

يُلبّي حتّى أتَى جَمرَةَ العقَبَة»[1] ولأنّ التّلبِيَة فِيهِ كَالتّكبِيرِ فِي الصّلاةِ فيَأتِي بِهَا إلى آخرِ جُزءٍ مِن الإحرَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إلا فِي الدِّمَاءِ وَالمَظَالِمِ) أيْ إلا فِي حَقِّ الدَّمِ الَّذِي وَجَبَ لِبَعْضِهِمْ عَلى بَعْضٍ قِصَاصًا وَعَجَزُوا عَنْ اسْتِيفَائه، وَفِي حَقِّ المَظْلَمَة الَّتِي وَجَبَتْ لِبَعْضِهِمْ عَلى بَعْضٍ وَعَجَزُوا عَنْ الانْتِصَافِ. وَقِيل: قَدْ اُسْتُجِيبَ لَهُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي المُزْدَلفَة وَقَوْلُهُ (وَيُلَبِّي فِي مَوْقِفِه) يَعْنِي يَسْتَدِيمُ ذَلِكَ إلى أَنْ يَرْمِيَ أَوَّلَ حَصَاةٍ مِنْ جَمْرَةِ العَقَبَةِ (وَقَال مَالِكٌ: يَقْطَعُهَا كَمَا يَقِفُ بِعَرَفَةَ لأَنَّ التَّلبِيَةَ إجَابَةٌ بِاللِّسَانِ، وَالإِجَابَةُ بِاللِّسَانِ قَبْلَ الاشْتِغَال بِالأَرْكَانِ) كَتَكْبِيرَةِ الافْتِتَاحِ فِي الصَّلاة.

وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَرْدَفَ الفَضْل فَأَخْبَرَ الفَضْلُ أَنَّهُ لمْ يَزَل يُلبِّي حَتَّى رَمَى الجَمْرَةَ»، وَلأَنَّ التَّلبِيَةَ فِي الحَجِّ كَالتَّكْبِيرِ فِي الصَّلاةِ) فِي كَوْنِهِ ذِكْرًا مَفْعُولا فِي افْتِتَاحِ العِبَادَةِ وَيَتَكَرَّرُ فِي أَثْنَائِهَا، فَكَانَ القِيَاسُ أَنْ يَكُونَ إلى آخِرِ جُزْءٍ مِنْ الإِحْرَامِ، وَذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ الرَّمْيِ.

وَقِيل: كَانَ القِيَاسُ أَنْ يَكُونَ إلى آخِرِهِ كَالتَّكْبِيرِ فِي الصَّلاةِ، إلا أَنَّ القِيَاسَ تُرِكَ فِيمَا بَعْدَ الرَّمْيِ بِالإِجْمَاعِ فَيَبْقَى فِيمَا وَرَاءَهُ عَلى أَصْل القِيَاسِ.

قَال: (فَإِذَا غَرَبَت الشّمسُ أفَاضَ الإمَامُ وَالنّاسُ مَعَهُ عَلى هَيْئَتِهِم حَتّى يَأتُوا المُزدَلفَة) لأنّ النّبِيّ عَليهِ الصّلاةُ وَالسّلامُ دَفَعَ بَعدَ غُرُوبِ الشّمسِ، وَلأنّ فِيهِ إظهَارَ مُخَالفَةِ المُشرِكِينَ، وَكَانَ النّبِيُّ عَليهِ الصّلاةُ وَالسّلامُ يَمشِي عَلى رَاحِلتِهِ فِي الطّرِيقِ عَلى هَيْئَتِهِ، فَإِن خَافَ الزّحَامَ فَدَفَعَ قَبل الإمَامِ وَلم يُجَاوِز حُدُودَ عَرَفَة أجزَأهُ لأنّهُ لم يُفِض مِن عَرفَة، وَالأفضَلُ أن يَقِفَ فِي مَقَامِهِ كَي لا يَكُونَ آخِذًا فِي الأدَاءِ قَبل وَقتِهَا، وَلو مَكَثَ قَليلا بَعدَ غُرُوبِ الشّمسِ وَإِفَاضَة الإمَامِ لخَوفِ الزّحَامِ فَلا بَأسَ بِهِ. لمَا رُوِيَ أنّ عَائِشَة رَضِيَ اللّهُ عَنهَا بَعدَ إفَاضَة الإمَامِ دَعَت بِشَرَابٍ فَأفطَرَت ثُمّ أفَاضَت.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالنَّاسُ مَعَهُ عَلى هِينَتِهِمْ) إنَّمَا هُوَ اتِّبَاعٌ لِلسُّنَّةِ. قَال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَيُّهَا

---

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٢٢، ٩٣، ٩٩، ١٠١، ومسلم في الحج (حديث ٢٦٦، ٢٦٧).

النَّاسُ لَيْسَ البِرُّ فِي إِيجَافِ الخَيْلِ وَفِي إِيضَاعِ الإِبِلِ، عَلَيْكُمْ بِالسَّكِينَةِ وَالوَقَارِ» (وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَفَعَ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ) وَمَشَى عَلَى هِينَتِه فِي الطَّرِيقِ (وَلِأَنَّ فِيهِ إِظْهَارَ مُخَالَفَةِ الْمُشْرِكِينَ) فَإِنَّهُ رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ خَطَبَ عَشِيَّةَ عَرَفَةَ فَقَالَ: أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ أَهْلَ الجَاهِلِيَّةِ وَالأَوْثَانِ كَانُوا يَدْفَعُونَ مِنْ عَرَفَةَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ إِذَا تَعَمَّمَتْ بِهَا رُءُوسُ الجِبَالِ كَعَمَائِمِ الرِّجَالِ فِي وُجُوهِهِمْ، وَإِنَّ هَدْيَنَا لَيْسَ كَهَدْيِهِمْ، فَادْفَعُوا بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ» فَقَدْ بَاشَرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَمَرَ بِهِ إِظْهَارًا لِمُخَالَفَةِ الْمُشْرِكِينَ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُخَالِفَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يُجَاوِزْ حُدُودَ عَرَفَةَ أَجْزَأَهُ) إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَوْ جَاوَزَهَا قَبْلَ الإِمَامِ وَقَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ، وَلَكِنْ إِنْ عَادَ إِلَى عَرَفَةَ قَبْلَ الغُرُوبِ ثُمَّ دَفَعَ مَعَ الإِمَامِ مِنْهَا بَعْدَ الغُرُوبِ سَقَطَ عَنْهُ الدَّمُ. وَإِنْ عَادَ بَعْدَ الغُرُوبِ لَمْ يَسْقُطْ.

قَالَ (وَإِذَا أَتَى مُزْدَلِفَةَ فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ بِقُرْبِ الجَبَلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْمُقَيَّدَةُ يُقَالُ لَهُ قُزَحَ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَفَ عِنْدَ هَذَا الجَبَلِ، وَكَذَا عُمَرُ ﷺ وَيَتَحَرَّزُ فِي النُّزُولِ عَنِ الطَّرِيقِ كَي لَا يَضُرَّ بِالْمَارَّةِ فَيَنْزِلُ عَنْ يَمِينِهِ أَوْ يَسَارِهِ. وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ وَرَاءَ الإِمَامِ لِمَا بَيَّنَّا فِي الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ.

قَالَ: (وَيُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ الْمَغْرِبَ وَالعِشَاءَ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ وَاحِدَةٍ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ اعْتِبَارًا بِالجَمْعِ بِعَرَفَةَ. وَلَنَا رِوَايَةُ جَابِرٍ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ وَاحِدَةٍ»[1] وَلِأَنَّ العِشَاءَ فِي وَقْتِهِ فَلَا يُفْرِدُ بِالإِقَامَةِ إِعْلَامًا، بِخِلَافِ العَصْرِ بِعَرَفَةَ لِأَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى وَقْتِهِ فَأَفْرَدَ بِهَا لِزِيَادَةِ الإِعْلَامِ (وَلَا يَتَطَوَّعُ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالجَمْعِ، وَلَوْ تَطَوَّعَ أَوْ تَشَاغَلَ بِشَيْءٍ أَعَادَ الإِقَامَةَ لِوُقُوعِ الفَصْلِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُعِيدَ الأَذَانَ كَمَا فِي الجَمْعِ الأَوَّلِ بِعَرَفَةَ، إِلَّا أَنَّا اكْتَفَيْنَا بِإِعَادَةِ الإِقَامَةِ، لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى الْمَغْرِبَ بِمُزْدَلِفَةَ ثُمَّ تَعَشَّى ثُمَّ أَفْرَدَ الإِقَامَةَ لِلْعِشَاءِ»[2]. (وَلَا تُشْتَرَطُ الجَمَاعَةُ لِهَذَا الجَمْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) لِأَنَّ الْمَغْرِبَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ وَقْتِهَا، بِخِلَافِ الجَمْعِ بِعَرَفَةَ لِأَنَّ العَصْرَ مُقَدَّمٌ عَلَى وَقْتِهِ.

---

(١) أخرجه البخاري (١٦٧٣). وانظر نصب الراية (٣/٧٧).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٩): غريب، وأخرجه البخاري (١٦٧٥) عن ابن مسعود ﷺ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا أَتَى مُزْدَلِفَةَ فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَقِفَ بِقُرْبِ الجَبَلِ الَّذِي عَلَيْهِ المُقَيِّدَةُ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ لأَنَّهُ يَدْعُو وَيُعَلِّمُ. وَقَوْلُهُ (وَيُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ المَغْرِبَ وَالعِشَاءَ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ) أَيْ فِي وَقْتِ العِشَاءِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ تَعَشَّى) أَيْ أَكَلَ العَشَاءَ. وَقَوْلُهُ: (وَلا تُشْتَرَطُ الجَمَاعَةُ لِهَذَا الجَمْعِ) أَيْ لِجَمْعِ المُزْدَلِفَةِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ المَغْرِبَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ وَقْتِهَا) وَأَدَاءُ الصَّلاةِ بَعْدَ خُرُوجِ وَقْتِهَا مُوَافِقٌ لِلقِيَاسِ لأَنَّ القَضَاءَ مَشْرُوعٌ فِي جَمِيعِ الصَّلَوَاتِ فَلا يَجِبُ مُرَاعَاةُ مَوْرِدِ النَّصِّ، فَالنَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ فِي تَأْخِيرِ المَغْرِبِ عِنْدَ وُجُودِ الجَمَاعَةِ لَكِنْ لا يُشْتَرَطُ فِيهِ الجَمَاعَةُ، وَأَمَّا تَقْدِيمُ الصَّلاةِ عَلَى وَقْتِهَا فَمُخَالِفٌ لِلقِيَاسِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَيُرَاعَى لِذَلِكَ فِيهِ جَمِيعُ مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ، وَإِنَّمَا خَصَّ أَبَا حَنِيفَةَ بِالذِّكْرِ لأَنَّ الجَمَاعَةَ كَانَتْ شَرْطًا عِنْدَهُ فِي الجَمْعِ بِعَرَفَاتٍ.

قَالَ: (وَمَن صَلَّى المَغرِبَ فِي الطَّرِيقِ لم يُجزِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَعَلَيهِ إِعَادَتُهَا مَا لم يَطلُعِ الفَجرُ).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُجزِيهِ وَقَد أَسَاءَ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا صَلَّى بِعَرَفَاتٍ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَدَّاهَا فِي وَقتِهَا فَلا تَجِبُ إِعَادَتُهَا كَمَا بَعدَ طُلُوعِ الفَجرِ، إِلا أَنَّ التَّأخِيرَ مِنَ السُّنَّةِ فَيَصِيرُ مُسِيئًا بِتَركِهِ. وَلَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَ لأُسَامَةَ رضي الله عنه فِي طَرِيقِ المُزدَلِفَةِ: الصَّلاةُ أَمَامَكَ» مَعنَاهُ: وَقتُ الصَّلاةِ. وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّأخِيرَ وَاجِبٌ، وَإِنَّمَا وَجَبَ لِيُمكِنَهُ الجَمعَ بَينَ الصَّلاتَينِ بِالمُزدَلِفَةِ فَكَانَ عَلَيهِ الإِعَادَةُ مَا لم يَطلُعِ الفَجرُ لِيَصِيرَ جَامِعًا بَينَهُمَا، وَإِذَا طَلَعَ الفَجرُ لا يُمكِنُهُ الجَمعُ فَسَقَطَتِ الإِعَادَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (مَنْ صَلَّى المَغْرِبَ فِي الطَّرِيقِ) أَيْ فِي طَرِيقِ المُزْدَلِفَةِ وَحْدَهُ (لَمْ يُجْزِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعَلَيْهِ إِعَادَتُهَا مَا لَمْ يَطْلُعِ الفَجْرُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُجْزِيهِ وَقَدْ أَسَاءَ) وَكَذَلِكَ لَوْ صَلاهَا بِعَرَفَاتٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ صَلَّى العِشَاءَ فِي الطَّرِيقِ بَعْدَ دُخُولِ وَقْتِهَا: (لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَدَّاهَا فِي وَقْتِهَا) وَمَنْ أَدَّى صَلاةً فِي وَقْتِهَا (لا تَجِبُ عَلَيْهِ إِعَادَتُهَا كَمَا بَعْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ إِلا أَنَّ التَّأْخِيرَ مِنْ السُّنَّةِ فَيَصِيرُ مُسِيئًا بِتَرْكِهِ. وَلَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَ لأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ حِينَ

أَفَاضَ مِنْ عَرَفَةَ وَمَال إلى الشِّعْب فَقَضَى حَاجَتَهُ وَتَوَضَّأَ، وَقَال لهُ أُسَامَةُ: يَا رَسُول اللَّه أَتُصَلِّي الصَّلاةَ أَمَامَك؟» يَعْنِي وَقْتُ الصَّلاة أَمَامَك، لأَنَّ الصَّلاةَ فِعْلُ المُصَلِّي فَلا يُتَصَوَّرُ أَنْ تَكُون أَمَامَهُ وَلكنَّهَا تُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهَا الوَقْتُ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ فَخَلَفَ مِنۢ بَعۡدِهِمۡ خَلۡفٌ أَضَاعُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [مريم: ٥٩].

وَفَسَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِأَنَّ مَعْنَاهُ: مَكَانُ الصَّلاة أَمَامَك وَهُوَ مُزْدَلفَةُ فَيَكُونُ مِنْ بَاب ذِكْرِ الحَال وَإِرَادَة المَحَلِّ. (وَهَذَا) أَيْ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: (إِشَارَةٌ إلى أَنَّ التَّأْخِيرَ وَاجِبٌ) لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلكَ كَانَ مَعْنَاهُ القَضَاءَ بَعْدَ خُرُوجِ الوَقْت، وَتَفْوِيتُ الصَّلاة عَنْ وَقْتِهَا لا يَجُوزُ لغَيْرِه فَضْلا عَنْهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَيَجِبُ النَّظَرُ فِي سَبَبه، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ اتِّصَالُ السَّيْرِ أَوْ إِمْكَانُ الجَمْعِ بَيْنَ الصَّلاتَيْنِ فِي المُزْدَلفَة، لا سَبِيل إلى الأَوَّل لأَنَّ مَيْلهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ إلى الشِّعْبِ وَقَضَاءَ حَاجَته يَأْبَاهُ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، فَمَهْمَا كَانَ مُمْكنًا لا يُصَارُ إلى غَيْرِه، وَالإِمْكَانُ مَا لَمْ يَطْلُعْ الفَجْرُ فَتَجِبُ الإِعَادَةُ مَا لَمْ يَطْلُعْ، وَأَمَّا إِذَا طَلعَ فَقَدْ فَاتَ الإِمْكَانُ فَسَقَطَتْ الإِعَادَةُ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ هَذَا الحَدِيثَ مِنْ الآحَاد فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَبْطُل به قَوْله تَعَالى: ﴿ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوۡقُوتًا ﴾ [النساء: ١٠٣] وَأَجَابَ شَيْخُ شَيْخي العَلامَةُ بِأَنَّهُ مِنْ المَشَاهِيرِ تَلقَّتْهُ الأُمَّةُ بِالقَبُول فِي الصَّدْرِ الأَوَّل وَعَمِلُوا بِه فَجَازَ أَنْ يُزَادَ بِهِ عَلى كتَاب اللَّه تَعَالى.

وَأَقُولُ: قَوْله تَعَالى: ﴿ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ ﴾ [النساء: ١٠٣] وَنَحْوَهَا ليْسَ فِيهَا دَلالَةٌ قَاطِعَةٌ عَلى تَعْيِينِ الأَوْقَات، وَإِنَّمَا دَلالَتُهَا عَلى أَنَّ للصَّلاة أَوْقَاتًا، وَتَعْيِينُهَا ثَبَتَ إِمَّا بِخَبَرِ جِبْرِيل عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَوْ بِغَيْرِهِ مِنْ الآحَاد، أَوْ بِفعْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَمِثْلُ ذَلكَ لا يُفِيدُ القَطْعَ فَجَازَ أَنْ يُعَارِضَهُ خَبَرُ الوَاحِد، ثُمَّ يُعْمَلُ بِفعْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَهُوَ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِالمُزْدَلفَة، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَضَاءً فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ وَقْتُهُ، وَشُكِّكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِأَنَّ صَلاةَ المَغْرِبِ الَّتِي صَلاهَا فِي الطَّرِيقِ إِمَّا أَنْ وَقَعَتْ صَحِيحَةً أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لا تَجِبُ الإِعَادَةُ لا فِي الوَقْت وَلا بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَجَبَتْ فِيه وَبَعْدَهُ لأَنَّ مَا وَقَعَ فَاسِدًا لا يَنْقَلبُ صَحِيحًا بِمُضِيِّ الوَقْت. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الفَسَادَ مَوْقُوفٌ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي ثَانِي الحَال كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلة التَّرْتِيب.

قَال: (وَإِذَا طَلَعَ الفَجرُ يُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ الفَجرَ بِغَلَسٍ) لِرِوَايَةِ ابنِ مَسعُودٍ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صَلَاهَا يَومَئِذٍ بِغَلَسٍ» وَلأَنَّ فِي التَّغلِيسِ دَفعَ حَاجَةِ الوُقُوفِ فَيَجُوزُ كَتَقدِيمِ العَصرِ بِعَرَفَةَ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا طَلعَ الفَجْرُ يُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ الفَجْرَ بغَلس) أيْ إذَا طَلعَ الفَجْرُ يَوْمَ النَّحْرِ يُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ الفَجْرَ بِغَلسٍ وَالغَلسُ ظُلمَةُ آخرِ اللَّيْل، وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ نَاقلا عَنْ الدِّيوَانِ آخرُ ظُلمَةِ اللَّيْل وَهُوَ أَوْفَقُ لَما نَحْنُ فِيهِ عَلى مَا سَيَظْهَرُ.

قَوْلُهُ: (لِرِوَايَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ) قَال: «مَا رَأَيْت رَسُول اللَّه ﷺ صَلَّى صَلاةً إلا لوَقْتِهَا إلا بِجَمْعٍ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ جَمَعَ المَغْرِبَ وَالعِشَاءَ وَصَلَّى صَلاةَ الصُّبْحِ مِنْ الغَدِ قَبْل وَقْتِهَا».

وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: الدَّلِيلُ المَنْقُولُ وَالمَعْقُولُ اللَّذَانِ ذَكَرَهُمَا المُصَنِّفُ غَيْرُ مُطَابِقَيْنِ للمَدْلُول. أَمَّا المَنْقُولُ فَلأَنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ صَلاهَا بغَلسٍ، وَالمَدْلُولُ قَوْلُهُ وَإِذَا طَلعَ الفَجْرُ يُصَلِّي الإِمَامُ بِالنَّاسِ الفَجْرَ بِغَلسٍ ، وَأَمَّا المَعْقُولُ فَلأَنَّ تَقْرِيرَهُ فِي التَّغْليسِ دَفْعُ حَاجَةِ الوُقُوفِ، وَدَفْعُ الحَاجَةِ يَجُوزُ التَّقْدِيمُ كَتَقْدِيمِ العَصْرِ بعَرَفَةَ وَتَقْدِيمِ العَصْرِ كَانَ عَلى وَقْتِهِ، فَيَكُونُ ههنا كَذَلكَ تَصْحِيحًا للتَّشْبِيهِ وَهُوَ خِلافُ المَطْلُوبِ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ الرَّاوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ هُوَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ يَزِيدَ.

وَقَدْ رَوَى البُخَارِيُّ عَنْهُ فِي صَحِيحِه أَنَّهُ قَال: «خَرَجْت مَعَ عَبْد اللَّه إلى مَكَّةَ ثُمَّ قَدمْنَا جَمْعًا فَصَلَّى الصَّلاتَيْنِ، ثُمَّ صَلَّى الفَجْرَ حِينَ طَلعَ الفَجْرُ وَقَائِلٌ يَقُولُ لَمْ يَطْلُعْ الفَجْرُ». وَهَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ المُرَادَ بِقَوْلِه قَبْل وَقْتِهَا قَبْل وَقْتِهَا المُسْتَحَبِّ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الرَّاوِيَ لا يَعْمَلُ عَلى خِلافِ مَا رُوِيَ.

وَيُؤَيِّدُهُ حَدِيثُ جَابِرٍ فِي الصَّحِيحَيْنِ: «فَصَلَّى الفَجْرَ حِينَ تَبَيَّنَ الصُّبْحُ» وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مَعْنَاهُ: لَمَّا جَازَ تَعْجِيلُ العَصْرِ عَلى وَقْتِهَا للحَاجَةِ إلى الوُقُوفِ بَعْدَهَا فَلأَنْ يَجُوزَ التَّغْليسُ بِالفَجْرِ وَهِيَ فِي وَقْتِهَا أَوْلى.

(ثُمَّ وَقَفَ وَوَقَفَ مَعَهُ النَّاسُ وَدَعَا) لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَقَفَ فِي هَذَا المَوضِعِ يَدعُو حَتَّى رُوِيَ فِي حَدِيثِ ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا «فَاستُجِيبَ لَهُ دُعَاؤُهُ

لأُمَّتِهِ حَتَّى الدِّمَاءِ وَالمَظَالِمِ» ثُمَّ هَذَا الوُقُوفُ وَاجِبٌ عِندَنَا وَلَيسَ بِرُكنٍ، حَتَّى لو تَرَكَهُ بِغَيرِ عُذرٍ يَلزَمُهُ الدَّمُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ رُكنٌ لقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَبِمِثلِهِ تَثبُتُ الرُّكنِيَّةُ.

وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَدَّمَ ضَعَفَةَ أَهلِهِ بِاللَّيلِ، وَلَو كَانَ رُكنًا لَمَا فَعَلَ ذَلكَ، وَالمَذكُورُ فِيمَا تَلا الذِّكرُ وَهُوَ لَيسَ بِرُكنٍ بِالإِجمَاعِ، وَإِنَّمَا عَرَفنَا الوُجُوبَ بِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَن وَقَفَ مَعَنَا هَذَا المَوقِفَ وَقَد كَانَ أَفَاضَ قَبلَ ذَلكَ مِن عَرَفَاتٍ فَقَد تَمَّ حَجُّهُ»(١) عَلَّقَ بِهِ تَمَامَ الحَجِّ، وَهَذَا يَصلُحُ أَمَارَةً لِلوُجُوبِ، غَيرَ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ بِعُذرٍ بِأَن يَكُونَ بِهِ ضَعفٌ أَو عِلَّةٌ أَو كَانَت امرَأَةً تَخَافُ الزِّحَامَ لا شَيءَ عَلَيهِ لِمَا رَوَينَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ وَقَفَ وَوَقَفَ مَعَهُ النَّاسُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى الدِّمَاءُ وَالمَظَالِمُ) بِالرَّفْعِ: أَيْ حَتَّى يَدْخُل فِي المُسْتَجَاب بِأَنْ يَرْضَى الخُصُومُ بِالازْدِيَادِ فِي مَثُوبَاتِهِمْ حَتَّى يَتْرُكُوا خُصُومَاتِهِمْ فِي الدِّمَاءِ وَالمَظَالِمِ.

وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهُ رُكْنٌ).

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَنِسْبَةُ هَذَا القَوْلِ إِلَيْهِ سَهْوٌ وَقَعَ مِنْ الكَاتِبِ لِمَا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي كُتُبِهِمْ أَنَّ الوُقُوفَ بِالمُزْدَلِفَةِ سُنَّةٌ. وَذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ اللَّيْثَ بْنَ سَعْدٍ ﷺ مَكَانَ الشَّافِعِيِّ، وَذَكَرَ فِي الأَسْرَارِ عَلْقَمَةَ مَكَانَ الشَّافِعِيِّ، وَذَكَرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ مَالِكًا مَكَانَ الشَّافِعِيِّ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ قَدْ اطَّلَعَ عَلَى نَقْلٍ مِنْ مَذْهَبِهِ وَاسْتَدَلَّ (بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَبِمِثْلِهِ تَثْبُتُ الرُّكْنِيَّةُ) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالذِّكْرِ عِنْدَ المَشْعَرِ الحَرَامِ، وَلا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ فِيهِ إِلا بَعْدَ حُضُورِهِ وَالوُقُوفِ فِيهِ، وَمَا لا يَتِمُّ الوَاجِبُ إِلا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ (وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدَّمَ ضَعَفَةَ أَهْلِهِ بِاللَّيْلِ»، وَلَوْ كَانَ رُكْنًا لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ) لِأَنَّ مَا هُوَ رُكْنٌ لا يَجُوزُ تَرْكُهُ لِعُذْرٍ.

وَقَوْلُهُ: (وَالمَذْكُورُ فِيمَا تَلا الذِّكْرُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلالِهِ بِالآيَةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٥٠)،والترمذي في الحج باب ٥ (حديث ٨٩١)، والنسائي (٢٨٤٥).

المَأْمُورَ بِهِ فِي الآيَةِ وَهُوَ الذِّكْرُ لَيْسَ بِرُكْنٍ بِالإِجْمَاعِ، فَكَذَا مَا كَانَ وَسِيلَةً إِلَيْهِ وَهُوَ الحُضُورُ وَالوُقُوفُ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا عَرَفْنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي بِهِ قَوْلَهُ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَدَّمَ ضَعَفَةَ أَهْلِهِ بِاللَّيْلِ» فَعُلِمَ مِنْ هَذَا الحَدِيثِ أَنَّ المُرَادَ مِنْ تَعْلِيقِ تَمَامِ الحَجِّ فِي قَوْلِهِ «عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **مَنْ وَقَفَ مَعَنَا هَذَا المَوْقِفَ**» إلخ مِنْ حَيْثُ الكَمَالُ وَهُوَ الإِتْيَانُ بِالوَاجِبِ لا مِنْ حَيْثُ الجَوَازُ.

قَال: (وَالمُزدَلفَةُ كُلُّهَا مَوقِفٌ إلا وَادِيَ مُحَسِّرٍ) لِمَا رَوَينَا مِن قَبلُ. قَال (فَإِذَا طَلَعَت الشَّمسُ أَفَاضَ الإِمَامُ وَالنَّاسُ مَعَهُ حَتَّى يَأتُوا مِنًى) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ تَعَالى: هَكَذَا وَقَعَ فِي نُسَخِ المُختَصَرِ وَهَذَا غَلَطٌ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِذَا أَسفَرَ أَفَاضَ الإِمَامُ وَالنَّاسُ، لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ دَفَعَ قَبل طُلُوعِ الشَّمسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي بِهِ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**وَالمُزْدَلِفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ وَارْتَفِعُوا عَنْ وَادِي مُحَسِّرٍ**». وَقَوْلُهُ (هَكَذَا وَقَعَ فِي نُسَخِ المُخْتَصَرِ) أَيْ فِي نُسَخِ مُخْتَصَرِ القُدُورِيِّ (وَهَذَا غَلَطٌ) لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَفَعَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ. رَوَاهُ جَابِرٌ وَابْنُ عُمَرَ قَالا «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَقَفَ بِالمَشْعَرِ الحَرَامِ حَتَّى إِذَا كَادَتْ الشَّمْسُ تَطْلُعُ دَفَعَ إِلَى مِنًى». وَأَقُولُ مَعْنَى قَوْلِهِ وَإِذَا طَلَعَتْ الشَّمْسُ: إِذَا قَرُبَتْ إِلَى الطُّلُوعِ، وَفَعَلَ ذَلِكَ اعْتِمَادًا عَلَى ظُهُورِ المَسْأَلَةِ.

قَال: (فَيَبتَدِئُ بِجَمرَةِ العَقَبَةِ فَيَرمِيهَا مِن بَطنِ الوَادِي بِسَبعِ حَصَيَاتٍ مِثل حَصَى الخَذفِ) لأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَتَى مِنًى لم يُعَرِّج عَلَى شَيءٍ حَتَّى رَمَى جَمرَةَ العَقَبَةِ»، وَقَال ﷺ «عَلَيكُم بِحَصَى الخَذفِ لا يُؤذِي بَعضُكُم بَعضًا»[1] وَلو رَمَى بِأَكبَرَ مِنهُ جَازَ لِحُصُول الرَّمي، غَيرَ أَنَّهُ لا يَرمِي بِالكِبَارِ مِن الأَحجَارِ كَي لا يَتَأَذَّى بِهِ غَيرُهُ (وَلو رَمَاهَا مِن فَوقِ العَقَبَةِ أَجزَأَهُ) لأَنَّ مَا حَولهَا مَوضِعُ النُّسُكِ، وَالأَفضَلُ أَن يَكُونَ مِن بَطنِ الوَادِي لِمَا رَوَينَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَيَبْتَدِئُ بِجَمْرَةِ العَقَبَةِ) الكَلامُ فِي الرَّمْيِ فِي اثْنَيْ عَشَرَ مَوْضِعًا: أَحَدُهَا الوَقْتُ وَهُوَ يَوْمُ النَّحْرِ وَثَلاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ، وَالثَّانِي فِي مَوْضِعِ الرَّمْيِ وَهُوَ بَطْنُ الوَادِي،

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٦٦)، وابن ماجه (٣٠٣١)، وأحمد (٥٠٣/٣).

يَعْنِي مِنْ أَسْفَلِهِ إلى أَعْلاهُ، وَالثَّالِثُ فِي مَحَلِّ الرَّمْيِ إليْهِ وَهُوَ ثَلاثَةٌ: جَمْرَةُ العَقَبَةِ وَمَسْجِدُ الخَيْفِ وَالوُسْطَى، وَالرَّابِعُ فِي كَمِّيَّةِ الحَصَيَاتِ وَهُوَ سَبْعَةٌ عِنْدَ كُلِّ جَمْرَةٍ، وَالخَامِسُ فِي المِقْدَارِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ حَصَى الخَذْفِ، وَالسَّادِسُ فِي كَيْفِيَّةِ الرَّمْيِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَقِيلَ يَأْخُذُ الحَصَى بِطَرَفِ إِبْهَامِهِ وَسَبَّابَتِهِ، وَالسَّابِعُ مِقْدَارُ الرَّمْيِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَالثَّامِنُ فِي صِفَةِ الرَّامِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ رَاكِبًا أَوْ مَاشِيًا لا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَالتَّاسِعُ فِي مَوْضِعِ وُقُوعِ الحَصَيَاتِ، وَالعَاشِرُ فِي المَوْضِعِ الَّذِي يُؤْخَذُ مِنْهُ الحَجَرُ وَهُمَا مَذْكُورَانِ فِي الكِتَابِ، وَالحَادِيَ عَشَرَ فِيمَا يَرْمِي بِهِ وَهُوَ مَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الأَرْضِ، وَالثَّانِيَ عَشَرَ أَنَّهُ يَرْمِي فِي اليَوْمِ الأَوَّلِ جَمْرَةَ العَقَبَةِ لا غَيْرُ وَفِي بَقِيَّةِ الأَيَّامِ يَرْمِي الجِمَارَ كُلَّهَا. وَكَلامُهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ.

(وَيُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ) كَذَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (وَلَوْ سَبَّحَ مَكَانَ التَّكْبِيرِ أَجْزَأَهُ) لِحُصُولِ الذِّكْرِ وَهُوَ مِنْ آدَابِ الرَّمْيِ (وَلا يَقِفُ عِنْدَهَا) لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَقِفْ عِنْدَهَا (وَيَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ مَعَ أَوَّلِ حَصَاةٍ) لِمَا رَوَيْنَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ. وَرَوَى جَابِرٌ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَطَعَ التَّلْبِيَةَ عِنْدَ أَوَّلِ حَصَاةٍ رَمَى بِهَا جَمْرَةَ العَقَبَةِ».

ثُمَّ كَيفِيَّةُ الرَّمْيِ أَن يَضَعَ الحَصَاةَ عَلَى ظَهرِ إبهَامِهِ اليُمنَى وَيَستَعِينُ بِالمسبحَةِ. وَمِقدَارُ الرَّميِ أَن يَكُونَ بَينَ الرَّامِي وَبَينَ مَوضِعِ السُّقُوطِ خَمسَةُ أَذرُعٍ فَصَاعِدًا، كَذَا رَوَى الحَسَنُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ مَا دُونَ ذَلكَ يَكُونُ طَرحًا. وَلَو طَرَحَهَا طَرحًا أَجزَأَهُ لأَنَّهُ رَمَى إلى قَدَمَيهِ إلا أَنَّهُ مُسِيءٌ لمُخَالفَتِهِ السُّنَّةَ، وَلَو وَضَعَهَا وَضعًا لم يُجزِهِ لأَنَّهُ ليسَ بِرَمِيٍ، وَلَو رَمَاهَا فَوَقَعَت قَرِيبًا مِن الجَمرَةِ يَكفِيهِ لأَنَّ هَذَا القَدرَ مِمَّا لا يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ، وَلَو وَقَعَت بَعِيدًا مِنهَا لا يُجزِيهِ لأَنَّهُ لم يُعرَف قُربَةً إلا فِي مَكَان مَخصُوصٍ وَلَو رَمَى بِسَبعِ حَصَيَاتٍ جُملَةً فَهَذِهِ وَاحِدَةٌ لأَنَّ المَنصُوصَ عَليهِ تَفَرُّقُ الأَفعَالِ، وَيَأخُذُ الحَصَى مِن أَيِّ مَوضِعٍ شَاءَ إلا مِن عِندِ الجَمرَةِ فَإِنَّ ذَلكَ يُكرَهُ لأَنَّ مَا عِندَهَا مِن الحَصَى مَردُودٌ، هَكَذَا جَاءَ فِي الأَثَرِ فَيَتَشَاءَمُ بِهِ، وَمَعَ هَذَا لو فَعَلَ أَجزَأَهُ لوُجُودِ فِعلِ الرَّميِ. وَيَجُوزُ الرَّميُ بِكُلِّ مَا كَانَ مِن أَجزَاءِ الأَرضِ عِندَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ المَقصُودَ فِعلُ الرَّميِ وَذَلكَ يَحصُلُ بِالطِّينِ كَمَا يَحصُلُ بِالحَجَرِ، بِخِلافِ مَا إذَا رَمَى بِالذَّهَبِ أَو الفِضَّةِ لأَنَّهُ يُسَمَّى نِثَارًا لا رَميًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَيُتَشَاءَمُ بِهِ) وَلا يُتَبَرَّكُ، بَيَانُهُ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ قَالَ: قُلت لابْنِ عَبَّاسٍ: مَا بَالُ الجِمَارِ تُرْمَى مِنْ وَقْتِ الخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَلَمْ تَصِرْ هِضَابًا تَسُدُّ الأُفُقَ؟ فَقَال: أَمَا عَلِمْت أَنَّهُ مَنْ يُقْبَلُ حَجُّهُ رُفِعَ حَصَاهُ وَمَنْ لَمْ يُقْبَل حَجُّهُ تُرِكَ حَصَاهُ، حَتَّى قَال مُجَاهِدٌ: لَمَّا سَمِعْت هَذَا مِنْ ابْنِ عَبَّاسٍ جَعَلت عَلَى حَصَيَاتِي عَلامَةً ثُمَّ تَوَسَّطْت الجَمْرَةَ فَرَمَيْته مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ثُمَّ طَلَبْت فَلَمْ أَجِدْ بِتِلْكَ العَلامَةِ شَيْئًا مِنْ الحَصَى. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الرَّمْيُ بِكُلِّ مَا كَانَ مِنْ أَجْزَاءِ الأَرْضِ عِنْدَنَا) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِالفَيْرُوزِ وَاليَاقُوتِ فَإِنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الأَرْضِ حَتَّى جَازَ التَّيَمُّمُ بِهِمَا، وَمَعَ ذَلِكَ لا يَجُوزُ الرَّمْيُ بِهِمَا حَتَّى لَمْ يَقَعْ مُعْتَدًّا بِهِمَا فِي الرَّمْيِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الجَوَازَ مَشْرُوطٌ بِالاسْتِهَانَةِ بِرَمْيِهِ وَذَلِكَ لا يَحْصُلُ بِرَمْيِهِمَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ الرَّمْيُ إلا بِالحَجَرِ اتِّبَاعًا لِمَا وَرَدَ بِهِ الأَثَرُ لِعَدَمِ كَوْنِهِ مَعْقُولا.

وَقُلنَا: سَلَّمْنَا أَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُولٍ، وَلَكِنَّ المَنْصُوصَ عَلَيْهِ فِعْلُ الرَّمْيِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالطِّينِ كَمَا يَحْصُلُ بِالحَجَرِ، وَالأَصْلُ فِيهِ فِعْلُ الخَلِيلِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ، وَلَمْ يَكُنْ فِي الحَجَرِ لَهُ بِعَيْنِهِ مَقْصُودٌ إنَّمَا مَقْصُودُهُ فِعْلُ الرَّمْيِ إمَّا إعَادَةً لِلكَبْشِ أَوْ لِطَرْدِ الشَّيْطَانِ عَلَى حَسَبِ اخْتِلافِ الرُّوَاةِ، فَقُلنَا بِأَيِّ شَيْءٍ حَصَل فِعْلُ الرَّمْيِ أَجْزَأَهُ، وَلا يَرِدُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَلا الجَوَاهِرِ لأَنَّهُ يُسَمَّى نِثَارًا لا رَمْيًا.

قَال: (ثُمَّ يَذبَحُ إن أحَبَّ ثُمَّ يَحلقُ أو يُقَصِّرُ) لمَا رُوِيَ عَن رَسُول اللَّهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَنَّهُ قَال: «إنَّ أوَّل نُسُكِنَا فِي يَومِنَا هَذَا أن نَرمِيَ ثُمَّ نَذبَحَ ثُمَّ نَحلقَ»[1] وَلأَنَّ الحلقَ مِن أسبابِ التَّحلُّل، وَكَذَا الذَّبحُ حَتَّى يَتَحلَّل بِهِ المُحصرُ فَيُقَدَّمُ الرَّميَ عليهِما، ثُمَّ الحلقُ مِن مَحظُورَاتِ الإِحرامِ فَيُقَدَّمُ عليهِ الذَّبحُ، وَإنَّما عَلَّقَ الذَّبحَ بِالمَحَبَّةِ لأَنَّ الدَّمَ الَّذِي يَأتِي بِهِ المُفردُ تَطَوُّعٌ وَالكَلامُ فِي المُفرِدِ (وَالحَلقُ أفضَلُ) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «رَحِمَ اللَّهُ المُحلِّقِينَ»[2] الحَدِيثَ، ظَاهِرٌ بِالتَّرحُّمِ عَليهِم، لأنَّ الحَلقَ أكمَلُ فِي قَضَاءِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٩٠): غريب، وأخرجه البخاري في الوضوء باب ٣٢، ومسلم في الحج حديث (٣٢٦).

(٢) أخرجه البخاري (١٧٢٧)، ومسلم في الحج (حديث ٣١٨) من حديث أنس بن مالك ﷺ.

التَّفَث وَهُوَ المَقصُودُ، وَفِي التَّقصِيرِ بَعضُ التَّقصِيرِ فَأَشبَهَ الاغتِسَال مَعَ الوُضُوءِ. وَيَكتَفِي فِي الحَلقِ بِربعِ الرَّأسِ اعتِبَارًا بِالمَسحِ، وَحَلقُ الكُلِّ أَولى اقتِدَاءً بِرَسُول اللّهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. وَالتَّقصِيرُ أَن يَأخُذَ مِن رُءُوسِ شَعرِهِ مِقدَارَ الأُنملَةِ.

قَال (وَقَد حَلَّ لهُ كُلُّ شَيءٍ إلا النِّسَاءَ) وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللّهُ: وَإلا الطِّيبَ أَيضًا لأَنَّهُ مِن دوَاعِي الجِمَاعِ. وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِيهِ «حَلَّ لهُ كُلُّ شَيءٍ إلا النِّسَاءَ»(١) وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلى القِيَاسِ. وَلا يَحِلُ لهُ الجِمَاعُ فِيمَا دُونَ الفَرجِ عِندَنَا، خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللّهُ لأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهوَةِ بِالنِّسَاءِ فَيُؤَخَّرُ إلى تَمَامِ الإِحلال

الشرح:

قَال: (ثُمَّ يَذْبَحُ إنْ أَحَبَّ ثُمَّ يَحْلقُ أَوْ يُقَصِّرُ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (ظَاهِرٌ بِالتَّرَحُّمِ عَلَيْهِمْ) أَيْ كَرَّرَ التَّرَحُّمَ عَلى المُحَلِّقِينَ.

وَرَوَى نَافِعٌ عَنْ عَبْد اللّه بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُول اللّه ﷺ قَال «**اللّهُمَّ ارْحَمْ المُحَلِّقِينَ، قَالُوا: وَالمُقَصِّرِينَ؟ فَقَال: وَالمُقَصِّرِينَ**» وَفِي رِوَايَة أُخْرَى «كَرَّرَ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ ثُمَّ قَال فِي الرَّابِعِ: **وَالمُقَصِّرِينَ**».

وَذَلكَ دَليلٌ عَلى أَنَّ الحَلقَ أَفْضَلُ. وَقَوْلُهُ (مِقْدَارُ الأُنْمُلة) قِيل هَذَا التَّقْديرُ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَلَمْ يُعْلمْ فِيه خِلافٌ، وَمَنْ لا شَعْرَ لهُ أَمَرَّ المُوسَى عَلى رَأْسِه، لأَنَّهُ إنْ عَجزَ عَنْ الحَلقِ وَالتَّقْصِيرِ لَمْ يَعْجزْ عَنْ التَّشَبُّه.

وَاخْتَلفُوا فِي كَوْنِه وَاجبًا أَوْ مُسْتَحَبًّا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مِنْ دَوَاعِي الجمَاعِ) يُعَضِّدُهُ أَنَّ المُعْتَدَّةَ يَحْرُمُ عَلَيْهَا الطِّيبُ لهَذَا المَعْنَى، وَالجمَاعُ بدَوَاعِيه لا يَحلُّ حَتَّى يَطُوفَ كَالقُبْلة وَالمَسِّ بِشَهْوَة. وَلنَا مَا رَوَتْ عَائِشَةُ «إذَا حَلقَ الحَاجُّ حَلَّ لهُ كُلُّ شَيْءٍ إلا النِّسَاءَ» وَقَالتْ: «طَيَّبْت رَسُول اللّه ﷺ لإِحْرَامه وَلإِحْلاله قَبْل أَنْ يَطُوفَ بالبَيْت» وَهَذَا لا يُشَكُّ فِي تَقْدِيمه عَلى القِيَاسِ (وَلا يَحلُّ لهُ الجمَاعُ فِيمَا دُونَ الفَرْجِ عِنْدَنَا خلافًا للشَّافعِيِّ) قَال: الجمَاعُ فِيمَا دُونَ الفَرْجِ يَرْتَفعُ بِالحَلقِ لأَنَّهُ لا يُفْسدُ الإِحْرَامَ بحَالٍ (وَلنَا أَنَّهُ قَضَاءُ شَهْوَة بالنِّسَاءِ فَيُؤَخَّرُ إلى تَمَامِ الإِحْلال) بالطَّوَاف، وَهَذَا لأَنَّ دَوَاعِيَ الجمَاعِ مُلحَقَةٌ بِه فِي المَحْظُورَاتِ كَمَا فِي الاعْتِكَاف وَقَبْل الحَلق.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٧٨)، والدارقطني (١٨٧)، وانظر نصب الراية (٣/٩١).

(ثُمَّ الرَّميُ ليسَ مِن أَسبَابِ التَّحلُّل عِندَنَا) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَقُولُ: إنَّهُ يَتَوَقَّتُ بِيَومِ النَّحرِ كَالحلقِ فَيَكُونُ بِمَنزِلتِهِ فِي التَّحليل. ولَنَا أنَّ مَا يَكُونُ مُحَلِّلا يَكُونُ جِنَايَةً فِي غَيرِ أَوَانِهِ كَالحلقِ، وَالرَّمي ليسَ بِجِنَايَةٍ فِي غَيرِ أَوَانِهِ، بِخِلافِ الطَّوَافِ لأَنَّ التَّحَلُّل بِالحَلقِ السَّابِقِ لا بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ الرَّمْيُ لَيْسَ مِنْ أَسْبَابِ التَّحَلُّلِ عِنْدَنَا) يَعْنِي إِذَا رَمَى جَمْرَةَ العَقَبَةِ لا يَتحَلَّلُ عِنْدَنَا حَتَّى يَحْلِقَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَتَحَلَّلُ وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلا النِّسَاءَ (هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ يَتَوَقَّتُ بِيَوْمِ النَّحْرِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُحَلِّلٌ كَالحَلقِ (وَلَنَا أَنَّ مَا يَكُونُ مُحَلِّلا يَكُونُ جِنَايَةً فِي غَيْرِ أَوَانِهِ كَالحَلقِ، وَالرَّمْيِ لَيْسَ بِجِنَايَةٍ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ) وَنُوقِضَ بِدَمِ الإِحْصَارِ فَإِنَّهُ مُحَلِّلٌ وَلَيْسَ بِمَحْظُورِ الإِحْرَامِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ مَا كَانَ مُحَلِّلا فِي الأَصْلِ وَدَمُ الإِحْصَارِ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا صِيرَ إِلَيْهِ لِضَرُورَةِ المَنْعِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الطَّوَافِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الطَّوَافُ مُحَلِّلٌ فِي حَقِّ النِّسَاءِ وَلَيْسَ بِمَحْظُورِ الإِحْرَامِ وَإِنَّمَا هُوَ رُكْنٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ التَّحَلُّلَ لَمْ يَكُنْ بِالطَّوَافِ بَل بِالحَلقِ السَّابِقِ.

قَال (ثُمَّ يَأتِي مَكَّةَ مِن يَومِهِ ذَلكَ أَو مِن الغَدِ أَو مِن بَعدِ الغَدِ، فَيَطُوفُ بِالبَيتِ طَوَافَ الزِّيَارَةِ سَبعَةَ أَشوَاطٍ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمَّا حَلَقَ أَفَاضَ إِلى مَكَّةَ فَطَافَ بِالبَيتِ ثُمَّ عَادَ إلى مِنًى وَصَلَّى الظُّهرَ بِمِنًى»[1]. وَوَقتُهُ أَيَّامُ النَّحرِ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالى عَطَفَ الطَّوَافَ عَلَى الذَّبحِ قَالَ ﴿ فَكُلُواْ مِنۡهَا ﴾ [الحج: ٢٦] ثُمَّ قَالَ ﴿ وَلۡيَطَّوَّفُواْ بِٱلۡبَيۡتِ ٱلۡعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩]فَكَانَ وَقتُهُمَا وَاحِدًا.

وَأَوَّلُ وَقتِهِ بَعدَ طُلُوعِ الفَجرِ مِن يَومِ النَّحرِ، لأَنَّ مَا قَبلهُ مِن اللَّيل وَقتُ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ وَالطَّوَافُ مُرَتَّبٌ عَليهِ، وَأَفضَلُ هَذِهِ الأَيَّامِ أَوَّلُهَا كَمَا فِي التَّضحِيَةِ.

وَفِي الحَدِيثِ «أَفضَلُهَا أَوَّلُهَا» (فَإِن كَانَ قَد سَعَى بَينَ الصَّفَا وَالمَروَةِ عَقِيبَ طَوَافِ القُدُومِ لم يَرمُل فِي هَذَا الطَّوَافِ وَلا سَعيَ عَليهِ، وَإِن كَانَ لم يُقَدِّم السَّعيَ رَمَل فِي هَذَا الطَّوَافِ وَسَعَى بَعدَهُ) لأَنَّ السَّعيَ لم يُشرَع إلا مَرَّةً وَالرَّمَلُ مَا شُرِعَ إلا مَرَّةً فِي طَوَافٍ بَعدَهُ سَعيٌ (وَيُصَلِّي رَكعَتَينِ بَعدَ هَذَا الطَّوَافِ) لأَنَّ خَتمَ كُلِّ طَوَافٍ بِرَكعَتَينِ فَرضًا

(١) سبق تخريجه.

كَانَ للطَّوَافِ أَو نَفلا لَمَا بَيَّنَّا. قَال (وَقَد حَلَّ لهُ النِّسَاءُ) وَلَكِن بِالحَلقِ السَّابِقِ إذ هُوَ المُحَلِّلُ لا بِالطَّوَافِ، إلا أَنَّهُ أَخَّرَ عَمَلَهُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (ثُمَّ يَأْتِي مَكَّةَ مِنْ يَوْمِه) يَعْنِي أَوَّل أَيَّامِ النَّحْرِ. وَقَوْلُهُ (وَوَقْتُهُ أَيَّامُ النَّحْرِ) أَيْ وَقْتُ طَوَافِ الزِّيَارَة. وَقَوْلُهُ (فَكَانَ وَقْتُهُمَا وَاحِدًا) أَيْ وَقْتُ الأُضْحِيَّة وَوَقْتُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ إلا أَنَّ الأُضْحِيَّةَ لَمْ تُشْرَعْ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ، وَالطَّوَافُ مَشْرُوعٌ بَعْدَ ذَلِكَ إلا أَنَّهُ يُكْرَهُ تَأْخِيرُهُ عَنْ هَذِهِ الأَيَّامِ عَلَى مَا يَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَأَوَّلُ وَقْتِه) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَالرَّمَلُ مَا شُرِعَ إلا مَرَّةً فِي طَوَافٍ بَعْدَهُ سَعْيٌ) لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إنَّمَا رَمَلَ فِي طَوَافِ العُمْرَةِ وَهُوَ طَوَافٌ بَعْدَهُ سَعْيٌ. وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**وَلْيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكْعَتَيْنِ**» وَالأَمْرُ لِلوُجُوبِ وَإِنَّمَا لَمْ يَقُل لَمَا رَوَيْنَا لأَنَّهُ ذَكَرَ فِيه وَجْهَ التَّمَسُّكِ بِه لِلوُجُوبِ، فَكَانَ قَوْلُهُ بَيَّنَّا أَشْمَلَ وَأَعَمَّ مِنْ قَوْلِه رَوَيْنَا، وَقَوْلُهُ وَلَكِنْ بِالحَلقِ السَّابِقِ تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ أَخَّرَ عَمَلَهُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إذَا كَانَ الحَلقُ السَّابِقُ مُحَلِّلا فَكَيْفَ بَقِيَتْ النِّسَاءُ مُحْرِمَةً. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَمَلَهُ تَأَخَّرَ فِي حَقِّ النِّسَاءِ لِيَقَعَ الطَّوَافُ الَّذِي هُوَ رُكْنٌ فِي الإِحْرَامِ لِئَلا يَقَعَ التَّهَاوُنُ فِي أَمْرِه.

قَال: (وَهَذَا الطَّوَافُ هُوَ المَفرُوضُ فِي الحَجِّ) وَهُوَ رُكنٌ فِيهِ إذ هُوَ المَأمُورُ بِهِ فِي قَوله تَعَالى ﴿ وَلۡيَطَّوَّفُواْ بِٱلۡبَيۡتِ ٱلۡعَتِيقِ ﴾ [الحج: ٢٩]، وَيُسَمَّى طَوَافُ الإِفَاضَةِ وَطَوَافَ يَومِ النَّحرِ (وَيُكرَهُ تَأخِيرُهُ عَن هَذِهِ الأَيَّامِ) لَمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُوَقَّتٌ بِهَا (وَإِن أَخَّرَهُ عَنهَا لَزِمَهُ دَمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَسَنُبَيِّنُهُ فِي بَابِ الجِنَايَاتِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

قَال (ثُمَّ يَعُودُ إلى مِنًى فَيُقِيمُ بِهَا) لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَجَعَ إليهَا كَمَا رَوَينَا، وَلأَنَّهُ بَقِيَ عَليهِ الرَّميُ وَمَوضِعُهُ بِمِنًى (فَإِذَا زَالت الشَّمسُ مِن اليَومِ الثَّانِي مِن أَيَّامِ النَّحرِ رَمَى الجِمَارَ الثَّلاثَ فَيَبدَأُ بِالَّتِي تَلِي مَسجِدَ الخَيفِ فَيَرمِيهَا بِسَبعِ حَصَيَاتٍ يُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ وَيَقِفُ عِندَهَا، ثُمَّ يَرمِي الَّتِي تَلِيهَا مِثل ذَلكَ وَيَقِفُ عِندَهَا، ثُمَّ يَرمِي جَمرَةَ العَقَبَةِ كَذَلكَ وَلا يَقِفُ عِندَهَا) هَكَذَا رَوَى جَابِرٌ ﷺ فِيمَا نَقَل مِن نُسُكِ رَسُول اللَّهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مُفَسَّرًا، وَيَقِفُ عِندَ الجَمرَتَينِ فِي المَقَامِ الَّذِي يَقِفُ فِيهِ

النَّاسُ وَيَحمَدُ اللَّهَ وَيُثنِي عَلَيهِ وَيُهَلِّلُ وَيُكَبِّرُ وَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ، وَيَدعُو بِحَاجَتِهِ وَيَرفَعُ يَدَيهِ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُرفَعُ الأَيدِي إلا فِي سَبعِ مَوَاطِنَ»[(١)] وَذَكَرَ مِن جُملَتِهَا عِندَ الجَمرَتَينِ. وَالمُرَادُ رَفعُ الأَيدِي بِالدُّعَاءِ. وَيَنبَغِي أَن يَستَغفِرَ لِلمُؤمِنِينَ فِي دُعَائِهِ فِي هَذِهِ المَوَاقِفِ لِقَولِ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «اللَّهُمَّ اغفِر لِلحَاجِّ وَلِمَن استَغفَرَ لَهُ الحَاجُّ»[(٢)] ثُمَّ الأَصلُ أَنَّ كُلَّ رَميٍ بَعدَهُ رَميٌ يَقِفُ بَعدَهُ لأَنَّهُ فِي وَسَطِ العِبَادَةِ فَيَأتِي بِالدُّعَاءِ فِيهِ، وَكُلُّ رَميٍ لَيسَ بَعدَهُ رَميٌ لا يَقِفُ لأَنَّ العِبَادَةَ قَد انتَهَت، وَلِهَذَا لا يَقِفُ بَعدَ جَمرَةِ العَقَبَةِ فِي يَومِ النَّحرِ أَيضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا الطَّوَافُ) أَيْ طَوَافُ الزِّيَارَةِ (هُوَ المَفْرُوضُ فِي الحَجِّ) وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَعُودُ إلَى مِنًى) يَعْنِي بَعْدَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ (فَيُقِيمُ بِهَا لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَجَعَ إلَيْهَا كَمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمَّا حَلَقَ أَفَاضَ إلَى مَكَّةَ فَطَافَ بِالبَيْتِ ثُمَّ عَادَ إلَى مِنًى وَصَلَّى الظُّهْرَ بِمِنًى» وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ بَقِيَ عَلَيْهِ الرَّمْيُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَقِفُ عِنْدَ الجَمْرَتَيْنِ) يَعْنِي الجَمْرَةَ الأُولَى وَالوُسْطَى (فِي المَقَامِ الَّذِي يَقِفُ فِيهِ النَّاسُ) وَهُوَ أَعْلَى الوَادِي وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُرْفَعُ **الأَيْدِي** إلا فِي **سَبْعَةِ** مَوَاطِنَ» حَدِيثٌ مَشْهُورٌ، وَالمَوَاطِنُ هِيَ: عِنْدَ افْتِتَاحِ الصَّلاةِ، وَالقُنُوتِ فِي الوِتْرِ، وَفِي العِيدَيْنِ، وَعِنْدَ اسْتِلامِ الحَجَرِ الأَسْوَدِ، وَعَلَى الصَّفَا وَالمَرْوَةِ، وَبِعَرَفَاتٍ، وَجَمْعٍ، وَعِنْدَ المَقَامَيْنِ عِنْدَ الجَمْرَتَيْنِ. وَذِكْرُ الجَمْرَتَيْنِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يُقِيمُ عِنْدَ جَمْرَةِ العَقَبَةِ وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ حِذَاءَ مَنْكِبَيْهِ نَصَّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي سَائِرِ الأَدْعِيَةِ لا يَفْعَلُ كَذَلِكَ لأَنَّ الرَّفْعَ يُنَافِي السَّكِينَةَ وَالوَقَارَ فَيُسَنُّ فِي مَوْضِعٍ وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ وَيُتْرَكُ فِي البَاقِي عَلَى أَصْلِ الدَّلِيلِ.

قَالَ: (فَإِذَا كَانَ مِنَ الغَدِ رَمَى الجِمَارَ الثَّلاثَ بَعدَ زَوَالِ الشَّمسِ كَذَلِكَ، وَإِن أَرَادَ أَن يَتَعَجَّلَ النَّفرَ إلَى مَكَّةَ نَفَرَ، وَإِن أَرَادَ أَن يُقِيمَ رَمَى الجِمَارَ الثَّلاثَ فِي اليَومِ الرَّابِعِ بَعدَ زَوَالِ الشَّمسِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ فَمَن تَعَجَّلَ فِى يَوۡمَيۡنِ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ لِمَنِ ٱتَّقَىٰ ﴾ **[البقرة: ٢٠٣] وَالأَفضَلُ أَن يُقِيمَ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ**

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/٤٤١)، وانظر نصب الراية (٣/٩٦).

وَالسَّلامُ صَبَرَ حَتَّى رَمَى الجِمَارَ الثَّلاثَ فِي اليَومِ الرَّابِعِ». وَلهُ أَن يَنفِرَ مَا لم يَطلُعِ الفَجرُ مِن اليَومِ الرَّابِعِ، فَإِذَا طَلَعَ الفَجرُ لم يَكُن لهُ أَن يَنفِرَ لدُخُول وَقتِ الرَّمي، وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِن قدَّمَ الرَّميَ فِي هَذَا اليَومِ) يَعنِي اليَومَ الرَّابِعَ (قَبل الزَّوَال بَعدَ طُلُوعِ الفَجرِ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) وَهَذَا استِحسَانٌ، وَقَالا لا يَجُوزُ اعتِبَارًا بِسَائِرِ الأَيَّامِ، وَإِنَّمَا التَّفَاوُتُ فِي رُخصَةِ النَّفرِ، فَإِذ لم يَتَرَخَّص أُلتُحِقَ بِهَا، وَمَذهَبُهُ مَروِيٌّ عَن ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا، وَلأَنَّهُ لمَّا ظَهَرَ أَثَرُ التَّخفِيفِ فِي هَذَا اليَومِ فِي حَقِّ التَّركِ فَلأَن يَظهَرَ فِي جَوَازِهِ فِي الأَوقَاتِ كُلِّهَا أَولى، بِخِلافِ اليَومِ الأَوَّل وَالثَّانِي حَيثُ لا يَجُوزُ الرَّميُ فِيهِمَا إلا بَعدَ الزَّوَال فِي المَشهُورِ مِن الرِّوَايَةِ، لأَنَّهُ لا يَجُوزُ تَركُهُ فِيهِمَا فَبَقِيَ عَلى أَصل المَروِيِّ. فَأَمَّا يَومُ النَّحرِ فَأَوَّلُ وَقتِ الرَّميِ مِن وَقتِ طُلُوعِ الفَجرِ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: أَوَّلُهُ بَعدَ نِصفِ اللَّيل لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ للرِّعَاءِ أَن يَرمُوا ليلا».

وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تَرمُوا جَمرَةَ العَقَبَةِ إلا مُصبِحِينَ»[1] وَيَروِي «حَتَّى تَطلُعَ الشَّمسُ» فَيَثبُتُ أَصلُ الوَقتِ بِالأَوَّل وَالأَفضَلِيَّةُ بِالثَّانِي. وَتَأوِيلُ مَا رُوِيَ اللَّيلةَ الثَّانِيَةَ وَالثَّالثَةَ، وَلأَنَّ ليلةَ النَّحرِ وَقتُ الوُقُوفِ وَالرَّميِ يَتَرَتَّبُ عَليهِ فَيَكُونُ وَقتُهُ بَعدَهُ ضَرُورَةً. ثُمَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَمتَدُّ هَذَا الوَقتُ إلى غُرُوبِ الشَّمسِ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إنَّ أَوَّل نُسُكِنَا فِي هَذَا اليَومِ الرَّميُ» جَعَل اليَومَ وَقتًا لهُ وَذَهَابُهُ بِغُرُوبِ الشَّمسِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَمتَدُّ إلى وَقتِ الزَّوَال، وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا رَوَينَا. وَإِن أَخَّرَ إلى اللَّيل رَمَاهُ وَلا شَيءَ عَليهِ لحَدِيثِ الرِّعَاءِ. وَإِن أَخَّرَ إلى الغَدِ رَمَاهُ لأَنَّهُ وَقتُ جِنسِ الرَّميِ، وَعَليهِ دَمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لتَأخِيرِهِ عَن وَقتِهِ كَمَا هُوَ مَذهَبُهُ.

الشرح:

قَال: (فَإِذَا كَانَ مِنْ الغَدِ رَمْيُ الجِمَارِ الثَّلاثِ بَعْدَ الزَّوَال) يَعْنِي إِذَا زَالتْ الشَّمْسُ مِنْ اليَوْمِ الثَّالثِ مِنْ أَيَّامِ النَّحْرِ رَمَى الجِمَارَ الثَّلاثَ مِثْل مَا رَمَى فِي اليَوْمِ الثَّانِي (وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَتَعَجَّل النَّفْرَ) أَيْ الذَّهَابَ وَالخُرُوجَ مِنْ مِنًى (إِلى مَكَّةَ) فِي اليَوْمِ الثَّالثِ مِنْ أَيَّامِ

(١) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (١/٤١٢)، وانظر نصب الراية (٣/٩٨).

النَّحْرِ فَعَل ذَلكَ (وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُقيمَ رَمَى الجِمَارَ الثَّلاثَ فِي اليَوْمِ الرَّابِعِ بَعْدَ زَوَال الشَّمْسِ لقَوْله تَعَالى: ﴿ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ ٱتَّقَىٰ ﴾ [البقرة: ٢٠٣] أَيْ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي اليَوْمِ الثَّانِي وَالثَّالث مِنْ أَيَّامِ النَّحْرِ وَمَنْ تَأَخَّرَ إِلى اليَوْمِ الرَّابِعِ فَلا إِثْمَ عَلَيْه (لِمَنْ اتَّقى)، وَقَوْلُهُ: ﴿ لِمَنِ ٱتَّقَىٰ ﴾ يَتَعَلَّقُ بهمَا جَميعًا: أَيْ ذَلكَ التَّخْيِير وَنَفْيُ الإِثْمِ فِي الحَالَيْنِ لأَجْل الحَاجِّ المُتَّقِي لئَلا يُتَخَالَجَ فِي قَلبه شَيْءٌ مِنْهُمَا فَيُحْسَبُ أَنَّ أَحَدَهُمَا يُؤَثِّمُ صَاحِبَهُ فِي الإِقْدَامِ عَلَيْه، وَإِنَّمَا خُصَّ المُتَّقِي لأَنَّهُ هُوَ الحَاجُّ عِنْدَ اللَّه فِي الحَقِيقَة.

وَقَوْلُهُ: (وَفِيه خِلافُ الشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ يَنْقَطِعُ عِنْدَهُ خِيَارُ النَّفرِ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ مِنْ اليَوْمِ الثَّالث؛ لأَنَّ المَنْصُوصَ عَلَيْه الخِيَارُ فِي اليَوْمِ وَهُوَ يَمْتَدُّ إِلى غُرُوبِ الشَّمْسِ.

وَقُلنَا: اللَّيْلُ لَيْسَ بِوَقْتٍ لِرَمْيِ اليَوْمِ الرَّابِعِ فَيَكُونُ خِيَارُهُ فِي النَّفرِ ثَابتًا فيه كَقَبْل الغُرُوبِ مِنْ اليَوْمِ الثَّالث، بِخِلافِ مَا بَعْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ فِي اليَوْمِ الرَّابِعِ فَإِنَّهُ وَقْتُ الرَّمْيِ فَلا يَبْقَى خِيَارُهُ بَعْدَ ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (اعْتبَارًا بِسَائِرِ الأَيَّامِ) أَرَادَ بِالأَيَّامِ اليَوْمَيْنِ: أَعْنِي الثَّانِيَ وَالثَّالثَ، (لأَنَّ رَمْيَ جَمْرَةِ العَقَبَةِ فِي يَوْمِ النَّحْرِ قَبْل الزَّوَال جَائِزٌ بلا خلاف). وَقَوْلُهُ (بخلاف اليَوْمِ الأَوَّل وَالثَّانِي) يَعْنِي الأَوَّل وَالثَّانِيَ مِمَّا يُرْمَى فِيه الجِمَارُ الثَّلاثُ، لا الأَوَّلُ وَالثَّانِي مِنْ أَيَّامِ النَّحْرِ. وَقَوْلُهُ (فِي المَشْهُورِ مِنْ الرِّوَايَة) احْترَازٌ عَمَّا رَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنْ قَصْده أَنْ يَتَعَجَّل فِي النَّفْرِ الأَوَّل فَلا بَأْسَ بِأَنْ يَرْمِيَ فِي اليَوْمِ الثَّالث قَبْل الزَّوَال، وَإِنْ رَمَى بَعْدَهُ فَهُوَ أَفْضَلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلكَ مِنْ قَصْده لا يَجُوزُ أَنْ يَرْمِيَ إلا بَعْدَ الزَّوَال وَذَلكَ لدَفْعِ الحَرَجِ لأَنَّهُ إِذَا نَفَرَ بَعْدَ الزَّوَال لا يَصِلُ إِلى مَكَّةَ إلا بِاللَّيْل فَيُحْرَجُ فِي تَحْصِيل مَوْضِعِ النُّزُول.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمْ يَرْمِ فِيه إلا بَعْدَ الزَّوَال. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) حَاصِلُهُ أَنَّ مَا بَعْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ إِلى طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقْتُ الجَوَازِ مَعَ الإِسَاءَةِ وَمَا بَعْدَهُ إِلى الزَّوَال وَقْتٌ مَسْنُونٌ وَمَا بَعْدَ الزَّوَال إِلى الغُرُوبِ وَقْتُ الجَوَازِ مِنْ غَيْرِ إِسَاءَةٍ وَاللَّيْلُ وَقْتُ الجَوَازِ بالإِسَاءَة، كَذَا فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الإِسْلامِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَمْتَدُّ) أَيْ وَقْتُ الرَّمْيِ فِي اليَوْمِ الأَوَّل (إِلى وَقْتِ الزَّوَال) لأَنَّ الوَقْتَ يُعْرَفُ بِتَوْقِيتِ الشَّرْعِ وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِالرَّمْيِ قَبْل الزَّوَال فَلا يَكُونُ مَا بَعْدَهُ وَقْتًا لَهُ

(وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ».

قَالَ: (فَإِنْ رَمَاهَا رَاكِبًا أَجزَأَهُ) لِحُصُول فِعل الرَّمي (وَكُلُّ رَمي بَعدَهُ رَميٌ فَالأَفضَلُ أَن يَرمِيَهُ مَاشِيًا وَإِلا فَيَرمِيهِ رَاكِبًا) لأَنَّ الأَوَّل بَعدَهُ وُقُوفٌ وَدُعَاءٌ عَلى مَا ذَكَرنَا فَيَرمِيهِ مَاشِيًا لِيَكُونَ أَقرَبَ إِلى التَّضَرُّعِ، وَبَيَانُ الأَفضَل مَروِيٌّ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَبَيَانُ الْأَفْضَل مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) يَعْنِي بِهِ مَا حُكِيَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الجَرَّاحِ قَالَ: دَخَلت عَلَى أَبِي يُوسُفَ ﷺ فِي مَرَضِه الَّذِي مَاتَ فِيه فَفَتَحَ عَيْنَيْه وَقَالَ: الرَّمْيُ رَاكِبًا أَفْضَلُ أَمْ مَاشِيًا؟ فَقَال: أَخْطَأْتَ، فَقُلت رَاكِبًا، فَقَال: أَخْطَأْتَ، ثُمَّ قَالَ: كُلُّ رَمْيٍ بَعْدَهُ وُقُوفٌ فَالرَّمْيُ فِيهِ مَاشِيًا أَفْضَلُ، وَمَا لَيْس بَعْدَهُ وُقُوفٌ فَالرَّمْيُ فِيهِ رَاكِبًا أَفْضَلُ، فَقُمْت مِنْ عِنْدِهِ فَمَا انْتَهَيْت إِلَى بَابِ الدَّارِ حَتَّى سَمِعْت الصُّرَاخَ بِمَوْتِه، فَتَعَجَّبْت مِنْ حِرْصِهِ عَلَى العِلمِ فِي مِثْل تِلكَ الحَالَة.

وَالَّذِي رَوَى جَابِرٌ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَمَى الجِمَارَ كُلَّهَا رَاكِبًا» فَإِنَّمَا فَعَلَهُ لِيَكُونَ أَشْهَرَ لِلنَّاسِ حَتَّى يَقْتَدُوا بِهِ فِيمَا يُشَاهِدُونَهُ مِنْهُ.

وَيُكرَهُ أَن لا يَبِيتَ بِمِنًى لَيَالِي الرَّميِ لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَاتَ بِمِنًى، وَعُمَرُ ﷺ كَانَ يُؤَدِّبُ عَلى تَركِ المَقَامِ بِهَا. وَلو بَاتَ فِي غَيرِهَا مُتَعَمِّدًا لا يَلزَمُهُ شَيءٌ عِندَنَا، خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ وَجَبَ لِيَسهُل عَليهِ الرَّميُ فِي أَيَّامِهِ فَلم يَكُن مِن أَفعَال الحَجِّ فَتَركُهُ لا يُوجِبُ الجَابِرَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ بَاتَ فِي غَيْرِه) أَيْ فِي غَيْرِ مِنًى (مُتَعَمِّدًا لا يَلزَمُهُ شَيْءٌ عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ قَال: إِنْ تَرَكَ البَيْتُوتَةَ لَيْلَةً فَعَلَيْه مُدٌّ، وَإِنْ تَرَكَهَا لَيْلَتَيْنِ فَعَلَيْه مُدَّان، وَإِنْ تَرَكَ ثَلاثَ لَيَالٍ فَعَلَيْه دَمٌ. وَقَاسَ تَرْكَ البَيْتُوتَة فِي وُجُوبِ الجَزَاءِ بِتَرْكِ الرَّمْيِ: وَلَنَا (أَنَّهُ وَجَبَ لِيَسْهُل عَلَيْه الرَّمْيُ فِي أَيَّامِه) يَعْنِي أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ البَيْتُوتَة غَيْرُهَا وَهُوَ أَنْ يَسْهُل عَلَيْهِ مَا يَقَعُ فِي الغَدِ مِنْ النُّسُكِ وَهُوَ الرَّمْيُ، فَلَمَّا لَمْ تَكُنْ مَقْصُودَةً لِنَفْسِهَا لَمْ تَكُنْ مِنْ أَفْعَال الحَجِّ فَلَمْ يُوجِبْ تَرْكَهَا جَابِرًا كَالبَيْتُوتَة بِمِنًى لَيْلَةَ العِيد.

قال: (وَيُكرَهُ أن يُقَدِّمَ الرَّجلُ ثِقلَهُ إلى مكَّةَ وَيُقِيمَ حتَّى يَرمِيَ) لمَا رُوِيَ أنَّ عُمرَ ﷺ كَانَ يَمنَعُ مِنهُ وَيُؤدِّبُ عَليهِ، ولأنَّهُ يُوجِبُ شَغل قَلبِهِ (وَإذَا نَفرَ إلى مكَّةَ نَزَل بِالمُحَصَّبِ) وَهُوَ الأَبطَحُ وَهُوَ اسمُ مَوضِعٍ قَد نَزَل بِهِ رَسُولُ اللّهِ ﷺ وَكَانَ نُزُولُهُ قَصداً هُوَ الأصَحُّ حَتَّى يَكُونَ النُّزُولُ بِهِ سُنَّةً على مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَال لأصحَابِهِ «إنَّا نَازِلُونَ غَداً بِالخَيفِ خَيفِ بَنِي كِنَانَةَ حَيثُ تَقَاسَمَ المُشرِكُونَ فِيهِ عَلَى شِركِهِم»[(١)] يُشِيرُ إلى عَهدِهِم عَلَى هِجرَانِ بَنِي هَاشِمٍ فَعرَفنَا أنَّهُ نَزَل بِهِ إرَاءَةً للمُشرِكِينَ لطِيفَ صُنعِ اللّهِ تَعَالى بِهِ، فَصَارَ سُنَّةً كَالرَّمَل فِي الطَّوَافِ.

الشرح:

قَال: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَدِّمَ الرَّجُلُ ثَقَلَهُ إلى مَكَّةَ) الثَّقَلُ بِفَتْحَتَيْنِ: مَتَاعُ الْمُسَافِرِ وَحَشَمُهُ وَالجَمْعُ أَثْقَالٌ، وَالْمُحَصَّبُ: اسْمُ مَوْضِعٍ وَيُسَمَّى الأَبْطَحَ وَهُوَ مَوْضِعٌ ذُو حَصًى بَيْنَ مَكَّةَ وَمِنًى نَزَل به رَسُولُ اللَّه ﷺ قَصْدًا، وَهُوَ الأَصَحُّ حَتَّى يَكُونَ سُنَّةً. وَقَوْلُهُ (هُوَ الأَصَحُّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل ابْنِ عَبَّاسٍ إنَّ النُّزُول به لَيْسَ بسُنَّة، لكنَّهُ مَوْضِعٌ نَزَل به رَسُولُ اللَّه ﷺ اتِّفَاقًا. وَالأَصَحُّ عِنْدَنَا أَنَّهُ سُنَّةٌ وَنَزَل فيه رَسُولُ اللَّه ﷺ قَصْدًا (عَلَى مَا رُوِيَ «أَنَّهُ قَال لأَصْحَابه بمِنًى: **إنَّا نَازِلُونَ غَدًا بالخَيْف خَيْف بَني كنَانَةَ**» إلخ) وَالخَيْفُ بسُكُون اليَاءِ المَكَانُ المُرْتَفِعُ، وَخَيْفُ بَني كنَانَةَ هُوَ المُحَصَّبُ.

قَال: (ثُمَّ دَخَل مَكَّةَ وَطَافَ بِالبَيتِ سَبعَةَ أَشوَاطٍ لا يَرمُلُ فِيهَا وَهَذَا طَوَافُ الصَّدرِ) وَيُسَمَّى طَوَافَ الوَدَاعِ وَطَوَافٌ آخِرُ عَهدِهِ بِالبَيتِ لأنَّهُ يُوَدِّعُ البَيتَ وَيَصدُرُ بِهِ (وَهُوَ وَاجِبٌ عِندَنَا) خِلافًا للشَّافِعِيِّ، لقَولِهِ ﷺ «مَن حَجَّ هَذَا البَيتَ فَليَكُن آخِرَ عَهدِهِ بِالبَيتِ الطَّوَافُ»[(٢)] وَرَخَّصَ للنِّسَاءِ الحُيَّضِ تَركَهُ. قَال (إلا عَلَى أَهل مَكَّةَ) لأنَّهُم لا يُصدِرُونَ وَلا يُوَدِّعُونَ، وَلا رَمَل فِيهِ لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ شُرِعَ مَرَّةً وَاحِدَةً. وَيُصَلِّي رَكعَتَي الطَّوَافِ بَعدَهُ لمَا قَدَّمنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُسَمَّى طَوَافَ الوَدَاعِ) الوَدَاعُ بِفَتْحِ الوَاوِ اسْمٌ للتَّوْدِيعِ كَسَلامٍ وَكَلامٍ

(١) أخرجه البخاري (٣٠٥٨)، ومسلم في الحج (حديث ٤٣٩، ٤٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في الحيض باب ٦، ومسلم في الحج حديث ٣٧٩، ٣٨٠.

وَهُوَ وَاجِبٌ عِنْدَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ عِنْدَهُ سُنَّةٌ لأَنَّهُ بِمَنْزِلة طَوَافِ القُدُوم، أَلا تَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَأْتِي بِهِ الآفَاقِيُّ دُونَ المَكِّيِّ وَمَا هُوَ مِنْ وَاجِبَاتِ الحَجِّ فَالآفَاقِيُّ وَالمَكِّيُّ فِيهِ سَوَاءٌ (وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ حَجَّ هَذَا البَيْتَ فَلْيَكُنْ آخِرُ عَهْدِهِ بِالبَيْتِ الطَّوَافَ**» وَأَنَّهُ رَخَّصَ لِلنِّسَاءِ الحُيَّضِ) وَذَلِكَ أَيْضًا دَلِيلُ الوُجُوبِ وَإِلا لَمْ يَكُنْ لِتَخْصِيصِ الرُّخْصَةِ بِالحَيْضِ فَائِدَةٌ وَالمَكِّيُّ وَالآفَاقِيُّ فِي وَاجِبَاتِ الحَجِّ سَوَاءٌ فِيمَا إِذَا كَانَتْ العِلَّةُ مُشْتَرَكَةً وَههنا لَيْسَتْ كَذَلِكَ لأَنَّ عِلَّةَ هَذَا الطَّوَافِ التَّوْدِيعُ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي المَكِّيِّ وَلا فِي حَقِّ مَنْ هُوَ فِيمَا وَرَاءَ المِيقَاتِ وَلا فِي حَقِّ مَنْ اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَخْرُجَ.

لا يُقَالُ: لَوْ كَانَ وَاجِبًا لِلوَدَاعِ لَوَجَبَ عَلَى المُعْتَمِرِ الآفَاقِيِّ لأَنَّ رُكْنَ العُمْرَةِ هُوَ الطَّوَافُ فَكَيْفَ يَصِيرُ مِثْلَ رُكْنِهِ تَبَعًا لَهُ؟.

وَقَوْلُهُ (لِمَا قَدَّمْنَا) يَعْنِي فِي مَوْضِعَيْنِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**وَلْيُصَلِّ الطَّائِفُ لِكُلِّ أُسْبُوعٍ رَكْعَتَيْنِ**». وَقَوْلُهُ لأَنَّ خَتْمَ كُلِّ طَوَافٍ بِرَكْعَتَيْنِ فَرْضًا كَانَ الطَّوَافُ أَوْ نَفْلا.

(ثُمَّ يَأتِي زَمزَمَ فَيَشربُ مِن مَائِهَا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ استَقَى دَلوًا بِنَفسِهِ فَشَرِبَ مِنهُ ثُمَّ أَفرَغَ بَاقِيَ الدَّلوِ فِي البِئرِ» وَيُستَحَبُّ أَن يَأتِيَ البَابَ وَيُقَبِّلُ العَتَبَةَ (ثُمَّ يَأتِي المُلتَزَمَ، وَهُوَ مَا بَينَ الحَجَرِ إلى البَابِ فَيَضَعُ صَدرَهُ وَوَجهَهُ عَليهِ وَيَتَشَبَّثُ بِالأَستَارِ سَاعَةً ثُمَّ يَعُودُ إلى أَهلِهِ) هَكَذَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَعَلَ بِالمُلتَزَمِ ذَلكَ. قَالُوا: وَيَنبَغِي أَن يَنصَرِفَ وَهُوَ يَمشِي وَرَاءَهُ وَوَجهُهُ إلى البَيتِ مُتَبَاكِيًا مُتَحَسِّرًا عَلَى فِرَاقِ البَيتِ حَتَّى يَخرُجَ مِن المَسجِدِ. فَهَذَا بَيَانُ تَمَامِ الحَجِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَأْتِي زَمْزَمَ) أَيْ بَعْدَ تَقْبِيلِ العَتَبَةِ وَإِتْيَانِهِ المُلتَزَمَ وَإِلْصَاقِهِ خَدَّهُ بِجِدَارِ الكَعْبَةِ يَأْتِي زَمْزَمَ فَشَرِبَ مِنْ مَائِهِ وَيَصُبُّ مِنْهُ عَلَى جَسَدِهِ وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ رِزْقًا وَاسِعًا وَعِلْمًا نَافِعًا وَشِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاءٍ. وَقَوْلُهُ (فَهَذَا بَيَانُ تَمَامِ الحَجِّ) يَعْنِي الحَجَّ الَّذِي أَرَادَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِقَوْلِهِ «**مَنْ حَجَّ هَذَا البَيْتَ فَلَمْ يَرْفُثْ وَلَمْ يَفْسُقْ خَرَجَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَيَوْمِ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ**» كَذَا فِي المَبْسُوطِ.

فَصلٌ

(فَإن لم يَدخُل المُحرمُ مكَّةَ وَتَوَجَّهَ إلى عَرفَاتٍ وَوَقفَ بِهَا) عَلى مَا بَيَّنَّا (سَقَطَ عَنهُ طَوَافُ القُدُومِ) لأنَّهُ شُرِعَ فِي ابتِداءِ الحَجِّ عَلى وَجهٍ يَتَرَتَّبُ عَليهِ سَائِرُ الأفعَالِ، فَلا يَكُونُ الإتيَانُ بِهِ عَلى غَيرِ ذَلكَ الوَجهِ سُنَّةً (وَلا شَيءَ عَليهِ بِتَركِهِ) لأنَّهُ سُنَّةٌ، وَبِتَركِ السُّنَّةِ لا يَجِبُ الجَابِرُ.

الشرح:

(فَصلٌ): لَمَّا ذَكَرَ أَفْعَال الحَجِّ عَلى التَّرْتِيب وَأَتَمَّهَا أَلحَقَ مَسَائِل شَتَّى مِنْ أَفْعَال الحَجِّ فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ (فَإِنْ لَمْ يَدْخُل المُحْرِمُ مَكَّةَ وَتَوَجَّهَ إلى عَرَفَات وَوَقَفَ بِهَا عَلى مَا بَيَّنَّا) مِنْ أَحْكَامِ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ (سَقَطَ عَنْهُ طَوَافُ القُدُومِ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَمَن أَدرَكَ الوُقُوفَ بِعَرفَةَ مَا بَينَ زَوَال الشَّمسِ مِن يَومِهَا إلى طُلُوعِ الفَجرِ مِن يَومِ النَّحرِ فَقَد أَدرَكَ الحَجَّ) فَأَوَّلُ وَقتِ الوُقُوفِ بَعدَ الزَّوَال عِندَنَا لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَقَفَ بَعدَ الزَّوَال، وَهَذَا بَيَانُ أَوَّل الوَقتِ. وَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن أَدرَكَ عَرَفَةَ بِليلٍ فَقَد أَدرَكَ الحَجَّ، وَمَن فَاتَهُ عَرفَةُ بِليلٍ فَقَد فَاتَهُ الحَجُّ»[(١)] وَهَذَا بَيَانُ آخِرِ الوَقتِ.

وَمَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إن كَانَ يَقُولُ: إنَّ أَوَّل وَقتِهِ بَعدَ طُلُوعِ الفَجرِ أَو بَعدَ طُلُوعِ الشَّمسِ فَهُوَ مَحجُوجٌ عَليهِ بِمَا رَوَينَا (ثُمَّ إذَا وَقَفَ بَعدَ الزَّوَال وَأَفَاضَ مِن سَاعَتِهِ أَجزَأَهُ) عِندَنَا لأنَّهُ ﷺ ذَكَرَهُ بِكَلمَةِ أَو فَإنَّهُ قَال «الحَجُّ عَرَفَةُ فَمَن وَقَفَ بِعَرَفَةَ سَاعَةً مِن ليلٍ أَو نَهَارٍ قَد تَمَّ حَجُّهُ»[(٢)] وَهِيَ كَلِمَةُ التَّخيِيرِ. وَقَال مَالكٌ: لا يُجزِيهِ إلا أَن يَقِفَ فِي اليَومِ وَجُزءٍ مِن اللَّيل، وَلكِنَّ الحُجَّةَ عَليهِ مَا رَوَينَاهُ

الشرح:

وَكَذَلكَ قَوْلُهُ وَمَنْ أَدْرَكَ الوُقُوفَ بِعَرَفَةَ (وَمَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى كَانَ يَقُولُ: إنَّ أَوَّل وَقْتِه بَعْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ أَوْ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ) مُسْتَدِلا بِقَوْلِه عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٤٩)، والترمذي في الحج باب ٥٧ (حديث ٨٨٩).

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٥٠)، والترمذي في الحج باب ٥٧ (حديث ٨٩١).

«**الحَجُّ عَرَفَة، فَمَنْ وَقَفَ بعَرَفَة سَاعَةً مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ**» وَالنَّهَارُ اسْمٌ للوَقْتِ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ (وَهُوَ مَحْجُوجٌ بمَا رَوَيْنَا) أَنَّهُ وَقَفَ بَعْدَ الزَّوَال وَكَانَ مُبَيِّنًا وَقْتَ الوُقُوف بفعْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. فَدَلَّ عَلى أَنَّ ابْتدَاءَ الوُقُوف بَعْدَ الزَّوَال.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إذَا وَقَفَ بَعْدَ الزَّوَال) ظَاهرٌ (وَقَال مَالكٌ: لا يُجْزِيه إلا أَنْ يَقفَ فِي اليَوْمِ وَجُزْءٍ مِنْ اللَّيْل) وَذَلكَ بأَنْ تَكُونَ إفَاضَتُهُ بَعْدَ الغُرُوب، وَاسْتَدَلَّ بقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ بلَيْلٍ فَقَدْ أَدْرَكَ الحَجَّ، وَمَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ بلَيْلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الحَجُّ**».

وَقُلْنَا: هَذه الزِّيَادَةُ غَيْرُ مَشْهُورَة، وَإنَّمَا المَشْهُورُ: «**مَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ فَقَدْ فَاتَهُ الحَجُّ**» وَفيمَا رَوَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**سَاعَةٌ مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ**» دَليلٌ عَلى أَنَّ بنَفْسِ الوُقُوف فِي جُزْءٍ مِنْ وَقْته يَصيرُ مُدْركًا فَكَانَ حُجَّةً عَلَيْه.

(وَمَن اجتَازَ بعَرَفَاتٍ نَائِمًا أَو مُغمًى عَليهِ أَو لا يَعلمُ أَنَّهَا عَرَفَاتٌ جَازَ عَن الوُقُوفِ) لأَنَّ مَا هُوَ الرُّكنُ قَد وُجِدَ وَهُوَ الوُقُوفُ، وَلا يَمتَنِعُ ذَلكَ بِالإغمَاءِ وَالنَّومِ كَرُكنِ الصَّومِ، بِخِلافِ الصَّلاةِ لأَنَّهَا لا تَبقَى مَعَ الإغمَاءِ، وَالجَهلُ يُخِلُّ بِالنِّيَّةِ وَهِيَ لَيسَت بِشَرطٍ لِكُلِّ رُكنٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ اجْتَازَ بعَرَفَات نَائمًا أَوْ مُغْمًى عَلَيْه) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالجَهْلُ يُخلُّ بالنِّيَّة وَهيَ لَيْسَتْ بشَرْط لكُلِّ رُكْنٍ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الجَهْلُ يُخلُّ بالنِّيَّة لا مَحَالَةَ، وَالإخْلالُ بهَا إخْلالٌ بالحَجِّ لكَوْنهَا شَرْطًا، وَتَقْريرُهُ: سَلَّمْنَا أَنَّ الجَهْلَ يُخلُّ بالنِّيَّة وَلا نُسَلِّمُ أَنَّ الإخْلال بهَا إخْلالٌ به، وَإنَّمَا كَانَ كَذَلكَ أَنْ لوْ كَانَتْ شَرْطًا لكُلِّ رُكْنٍ وَلَيْسَ كَذَلكَ، بَل إذَا كَانَتْ مَوْجُودَةً عنْدَ أَصْل هَذه العبَادَة وَهُوَ الإحْرَامُ حَقيقَةً أَوْ دَلالَةً اُسْتُغْنيَ عَنْهَا عنْدَ وُجُود كُلِّ رُكْنٍ إذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ صَارفٌ.

وَإنَّمَا قُلنَا إذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ صَارفٌ احْترَازًا عَمَّا إذَا طَافَ بالبَيْت هَاربٌ أَوْ طَالبُ غَريمٍ وَلَمْ يَنْوِ الطَّوَافَ عَنْ الحَجِّ فَإنَّهُ لَمْ يُجْزه، وَإنْ كَانَتْ النِّيَّةُ مَوْجُودَةً عنْدَ الإحْرَام لأَنَّ قَصْدَهُ الهُرُوبُ أَوْ اللُّحُوقُ، وَذَلكَ صَارفٌ لهُ عَنْ النِّيَّة السَّابقَة لأَنَّهَا لكَوْنهَا بَاقيَةً بالاسْتصْحَاب ضَعيفَةً تَنْصَرفُ بصَارفٍ.

(وَمَن أغميَ عَليهِ فَأَهَلَّ عنهُ رُفقَاؤُهُ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: لا يَجُوزُ، وَلو أَمَرَ إنسَانًا بِأَن يُحرِمَ عَنهُ إذَا أُغمِيَ عَلَيهِ أَو نَامَ فَأَحرَمَ المَأمُورُ عَنهُ صَحَّ) بِالإِجمَاعِ، حَتَّى إذَا أَفَاقَ أَو استَيقَظَ وَأَتَى بِأَفعَالِ الحَجِّ جَازَ. لَهُمَا أَنَّهُ لم يُحرِم بِنَفسِهِ وَلا أَذِنَ لِغَيرِهِ بِهِ، وَهَذَا لأَنَّهُ لم يُصَرِّح بِالإِذنِ وَالدَّلالَةُ تَقِفُ عَلَى العِلمِ، وَجَوَازُ الإِذنِ بِهِ لا يَعرِفُهُ كَثِيرٌ مِن الفُقَهَاءِ فَكَيفَ يَعرِفُهُ العَوَامُّ، بِخِلافِ مَا إذَا أَمَرَ غَيرَهُ بِذَلكَ صَرِيحًا. وَلَهُ أَنَّهُ لَمَّا عَاقَدَهُم عَقدَ الرُّفقَةِ فَقَد استَعَانَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم فِيمَا يَعجِزُ عَن مُبَاشَرَتِهِ بِنَفسِهِ. وَالإِحرَامُ هُوَ المَقصُودُ بِهَذَا السَّفَرِ فَكَانَ الإِذنُ بِهِ ثَابِتًا دَلالَةً، وَالعِلمُ ثَابِتٌ نَظَرًا إلى الدَّلِيلِ وَالحُكمُ يُدَارُ عَلَيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أُغمِيَ عَلَيْهِ فَأَهَلَّ عَنْهُ رُفَقَاؤُهُ) اتَّفَقَ عُلَمَاؤُنَا أَنَّ الإِحْرَامَ يَقْبَلُ النِّيَابَةَ حَتَّى لوْ أَمَرَ إِنْسَانًا أَنْ يُحرِمَ عَنْهُ إِذَا أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ نَامَ فَفَعَل صَحَّ عِنْدَهُمْ؛ لأَنَّهُ شَرْطٌ بِمَنْزِلَةِ الوُضُوءِ وَسَتْرِ العَوْرَةِ وَلَيْسَ بِنُسُكٍ فَاسْتَقَامَ النِّيَابَةُ بَعْدَ وُجُودِ نِيَّةِ العِبَادَةِ مِنْهُ وَهُوَ خُرُوجُهُ لِحَجِّ البَيْتِ.

وَاخْتَلفُوا فِي أَنَّ عَقْدَ الرُّفْقَةِ اسْتِنَابَةٌ كَالإِذْنِ بِهِ أَوْ لا، فَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّهُ اسْتِنَابَةٌ كَالإِذْنِ بِهِ وَقَالا: لَيْسَ بِاسْتِنَابَةٍ.

وَصُورَةُ ذَلِكَ أَنْ يُحْرِمَ عَنْهُ الرُّفَقَاءُ نِيَابَةً مَعَ أَنَّهُمْ أَحْرَمُوا عَنْ أَنْفُسِهِمْ أَيْضًا فَيَصِيرُ الرَّفِيقُ مُحْرِمًا عَنْ نَفْسِهِ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ وَمُحْرِمًا عَنْهُ أَيْضًا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ كَالأَبِ يُحْرِمُ عَنْ ابْنٍ صَغِيرٍ مَعَهُ فَكَانَ المُحْرِمُ حُكْمًا فِي إِحْرَامِ النِّيَابَةِ هُوَ المَنُوبَ لا النَّائِبَ، وَعِبَادَةُ النَّائِبِ فِيهِ كَعِبَادَةِ المَنُوبِ، حَتَّى لوْ أَصَابَ النَّائِبُ صَيْدًا كَانَ عَلَيْهِ الجَزَاءُ مِنْ قِبَلِ إِهْلالِهِ عَنْ نَفْسِهِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ إِهْلالِهِ عَنْ المُغْمَى عَلَيْهِ شَيْءٌ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الرَّفِيقَ إِذَا كَانَ مُحْرِمًا عَنْ نَفْسِهِ فَبِإِحْرَامِهِ عَنْ غَيْرِهِ يَلزَمُ تَدَاخُلُ الإِحْرَامَيْنِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُمْ شَبَّهُوا الإِحْرَامَ بِالوُضُوءِ فِي قَبُولِ النِّيَابَةِ، وَلَيْسَ مِثْلَهُ لأَنَّ الإِنْسَانَ إِذَا تَوَضَّأَ لا يَكُونُ غَيْرُهُ بِهِ مُتَوَضِّئًا وَإِنْ نَوَى التَّوَضُّؤَ عَنْهُ، وَههنا يَصِيرُ غَيْرُهُ مُحْرِمًا

بإِحْرَامِهِ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل: أَنَّ التَّدَاخُل إِنَّمَا يَلزَمُ أَنْ لوْ كَانَ المُحرِمُ هُوَ النَّائبَ فِي الإِحْرَامَيْنِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَليْسَ كَذَلكَ بَل المُحْرِمُ فِي إِحْرَامِهِ النِّيَابَةُ هُوَ المُغْمَى عَليْهِ لا النَّائبُ عَلى مَا ذَكَرْنَا.

وَعَنْ الثَّانِي: أَنَّ التَّشْبيهَ بالوُضُوءِ فِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَرْطٌ يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ، وَلكنَّ النِّيَابَةَ فِي الوُضُوءِ بالتَّوْضِئَةِ بأَنْ يُجْرِيَ المَاءَ عَلى أَعْضَاءِ المَنُوبِ فَيَصِحُّ لهُ أَنْ يُصَلِّيَ بذَلكَ الوُضُوءِ، وَفِي هَذَا يَتَوَلَّى النَّائبُ الإِحْرَامَ بنَفْسِه، ثُمَّ فَائدَةُ ذَلكَ أَنَّهُ (إِذَا أَفَاقَ أَوْ اسْتَيْقَظَ وَأَتَى بأَفْعَال الحَجِّ جَازَ) عِنْدَهُ كَمَا لوْ أَمَرَ به (لَهُمَا أَنَّهُ لَمْ يُحْرِمْ بنَفْسِه وَلا أَذنَ لغَيْرِه به) وَكُلُّ مَنْ كَانَ كَذَلكَ ليْسَ بمُحْرِمٍ لا مَحَالَةَ، أَمَّا أَنَّهُ لَمْ يُحْرِمْ بنَفْسِه فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا أَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لغَيْرِه فَلأَنَّ الإِذْنَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَرِيحًا أَوْ دَلالةً وَهُوَ لَمْ يُصَرِّحْ بالإِذْنِ إِذْ هُوَ المَفْرُوضُ، وَمَا ثَمَّةَ دَلالةٌ لأَنَّهَا تَقِفُ عَلى العلمِ بجَوَازِ الإِذْنِ بالإِحْرَامِ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بجَوَازِهِ لا يُقْدِمُ عَليْه (وَجَوَازُ الإِذْنِ بهِ لا يَعْرِفُهُ كَثِيرٌ مِنْ الفُقَهَاءِ فَكَيْفَ يَعْرِفُهُ العَوَامُّ)، بخلافِ مَا إِذَا أَمَرَ غَيْرَهُ بذَلكَ صَرِيحًا.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الإِذْنَ ثَابتٌ دَلالةً، لأَنَّهُ لَمَّا عَاقَدَهُمْ عَقْدَ الرُّفْقَة فَقَدْ اسْتَعَانَ بكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِيمَا يَعْجزُ عَنْ مُبَاشَرَته بنَفْسِه) وَقَدْ عَجزَ عَنْ مُبَاشَرَةِ مَا هُوَ المَقْصُودُ بهَذَا السَّفَرِ وَهُوَ الإِحْرَامُ فَكَانَ مُسْتَعِينًا بهِمْ عَلى تَحْصِيله، وَالاسْتعَانَةُ إِذْنٌ بالإِعَانَة لا مَحَالةَ (فَكَانَ الإِذْنُ به ثَابتًا دَلالةً) وَقَوْلُهُ (وَالعلمُ ثَابتٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا وَالدَّلالةُ تَقِفُ عَلى العلمِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ العلمَ إِذَا كَانَ شَرْطَ الدَّلالة فَهُوَ ثَابتٌ نَظَرًا إِلى الدَّليل وَهُوَ عَقْدُ الرُّفْقَةِ، وَالحُكْمُ يُدَارُ عَلى الدَّليل فَيَثْبُتُ الإِذْنُ دَلالةً، وَالدَّلالةُ تَعْمَلُ عَمَل الصَّرِيحِ إِذَا لَمْ يُخَالفْهَا صَرِيحٌ.

فَإِنْ قُلت: هَذَا حُكْمُ الإِحْرَامِ فَمَا حُكْمُ سَائرِ المَنَاسك؟ قُلت: الأَصَحُّ أَنَّ نيَابَتَهُمْ عَنْهُ فِي أَدَائه صَحِيحَةٌ، إِلا أَنَّ الأَوْلى أَنْ يَقفُوا بهِ وَأَنْ يَطُوفُوا بهِ ليَكُونَ أَقْرَبَ إِلى أَدَائه لوْ كَانَ مُفِيقًا.

وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ فَقَال: إِنَّمَا صَحَّتْ النِّيَابَةُ فِي الإِحْرَامِ لتَحَقُّقِ العَجْزِ وَهُوَ ليْسَ بمُتَحَقِّقٍ فِي الأَفْعَال، لأَنَّهُمْ إِذَا أَحْضَرُوهُ المَوَاقِفَ كَانَ هُوَ الوَاقِفَ، وَإِذَا طَافُوا بهِ كَانَ

هُوَ الطَّائفَ. فَإنْ قُلت: هَل لتَقْييد الإهْلال بالرُّفَقَاء فَائدَةٌ؟ قُلت. اُخْتُلفَ فيه.

قَال الشَّيْخُ أَبُو عَبْد اللَّه الجُرْجَانِيُّ: كَانَ يَقُولُ الجَصَّاصُ: لا يَجُوزُ إحْرَامُ غَيْرِ الرُّفَقَاءِ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَال: الرُّفَقَاءُ وَغَيْرُهُمْ فِي الجَوَازِ سَوَاءٌ لأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ بَابِ الوِلايَة بَل هُوَ مِنْ بَابِ الإعَانَة، وَقَدْ قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة: ٢] وَالرُّفَقَاءُ وَغَيْرُهُمْ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ.

قَال: (وَالمَرْأَةُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ كَالرَّجُل) لأَنَّهَا مُخَاطَبَةٌ كَالرَّجُل (غَيرَ أَنَّهَا لا تَكْشِفُ رَأسَهَا) لأَنَّهُ عَورَةٌ (وَتَكشِفُ وَجهَهَا) لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إحرَامُ المَرأَةِ فِي وَجهِهَا» (وَلو سَدَلت شَيئًا عَلى وَجهِهَا وَجَافَتهُ عَنهُ جَازَ) هَكَذَا رُوِيَ عَن عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا وَلأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الاستِظلال بِالمَحمَل (وَلا تَرفَعُ صَوتَهَا بِالتَّلبِيَةِ) لمَا فِيهِ مِن الفِتنَةِ (وَلا تَرمُلُ وَلا تَسعَى بَينَ المِيلينِ) لأَنَّهُ مُخِلٌّ بِسِترِ العَورَةِ (وَلا تَحلقُ وَلكِن تُقَصِّرُ) لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى النِّسَاءَ عَن الحَلقِ وَأَمَرَهُنَّ بِالتَّقصِيرِ»(١) وَلأَنَّ حَلقَ الشَّعرِ فِي حَقِّهَا مُثلَةٌ كَحَلقِ اللِّحيَةِ فِي حَقِّ الرَّجُل (وَتَلبَسُ مِن المَخِيطِ مَا بَدَا لهَا) لأَنَّ فِي لُبسِ غَيرِ المَخِيطِ كَشفُ العَورَةِ.

قَالُوا: وَلا تَستَلِمُ الحَجَرَ إذَا كَانَ هُنَاكَ جَمعٌ، لأَنَّهَا مَمنُوعَةٌ عَن مُمَاسَّةِ الرِّجَال إلا أَن تَجِدَ المَوضِعَ خَاليًا.

الشرح:

قَال: (وَالمَرْأَةُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ كَالرَّجُل) المَرْأَةُ فِي جَمِيعِ مَنَاسِكِ الحَجِّ كَالرَّجُل لأَنَّ الخِطَابَ بِقَوْله تَعَالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ ﴾ [آل عمران: ٩٧] يَتَنَاوَلُ الرِّجَال وَالنِّسَاءَ فَتَفْعَلُ مِثْل مَا يَفْعَلُ الرَّجُلُ إلا أَشْيَاءَ ذَكَرَهَا فِي الكِتَاب: لا تَكْشِفُ رَأْسَهَا وَتَكْشِفُ وَجْهَهَا وَلا تَرْفَعُ صَوْتَهَا بالتَّلبِيَة، وَلا تَرْمُلُ وَلا تَسْعَى بَيْنَ المِيلَيْنِ، وَلا تَحْلقُ وَلكِنْ تُقَصِّرُ، وَتَلبَسُ مَا بَدَا لهَا مِنْ المَخِيط مِنْ القَمِيصِ وَالدِّرْعِ وَالخِمَارِ وَالخُفَّيْنِ وَالقُفَّازَيْنِ، وَلا تَسْتَلمُ الحَجَرَ إذَا كَانَ هُنَاكَ جَمْعٌ إلا أَنْ تَجدَ المَوْضِعَ خَاليًا. وَوَجْهُ جَمِيعِ ذَلكَ مَذْكُورٌ فِي الكِتَاب.

قَال: (وَمَن قَلَّدَ بَدَنَةً تَطَوُّعًا أَو نَذرًا أَو جَزَاءَ صَيدٍ أَو شَيئًا مِن الأَشيَاءِ وَتَوَجَّهَ مَعَهَا

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/١١٠): حديث غريب بهذا اللفظ.

يُرِيدُ الحَجَّ فَقَد أَحرَمَ) لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن قَلَّدَ بَدَنَةً فَقَد أَحرَمَ»(١) وَلأَنَّ سَوقَ الهَديِ فِي مَعنَى التَّلبِيَةِ فِي إظهَارِ الإِجَابَةِ لأَنَّهُ لا يَفعَلُهُ إلا مَن يُرِيدُ الحَجَّ أَو العُمرَةَ، وَإِظهَارُ الإِجَابَةِ قَد يَكُونُ بِالفِعل كَمَا يَكُونُ بِالقَول فَيَصِيرُ بِهِ مُحرِمًا لاتِّصَال النِّيَّةِ بِفِعلٍ وَهُوَ مِن خَصَائِصِ الإِحرَامِ.

وَصِفَةُ التَّقلِيدِ أَن يَربِطَ عَلَى عُنُقِ بَدَنَتِهِ قِطعَةَ نَعلٍ أَو عُروَةَ مُزَادَةٍ أَو لحَاءَ شَجَرَةٍ (فَإِن قَلَّدَهَا وَبَعَثَ بِهَا وَلَم يَسقِهَا لم يَصِر مُحرِمًا) لمَا رُوِيَ عَن «عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهَا أَنَّهَا قَالت: كُنت أَفتِلُ قَلائِدَ هَدي رَسُول اللَّهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَبَعَثَ بِهَا وَأَقَامَ فِي أَهلهِ حَلالا» (فَإِن تَوَجَّهَ بَعدَ ذَلكَ لم يَصِر مُحرِمًا حَتَّى يُلحِقَهَا) لأَنَّ عِندَ التَّوَجُّهِ إذَا لم يَكُن بَينَ يَدَيهِ هَديٌ يَسُوقُهُ لم يُوجَد مِنهُ إلا مُجَرَّدُ النِّيَّةِ، وَبِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ لا يَصِيرُ مُحرِمًا، فَإِذَا أَدرَكَهَا وَسَاقَهَا أَو أَدرَكَهَا فَقَد اقتَرَنَت نِيَّتُهُ بِعَمَلٍ هُوَ مِن خَصَائِصِ الإِحرَامِ فَيَصِيرُ مُحرِمًا كَمَا لو سَاقَهَا فِي الابتِدَاءِ. قَال (إلا فِي بَدَنَةِ المُتعَةِ فَإِنَّهُ مُحرِمٌ حِينَ تَوَجَّهَ) مَعنَاهُ إذَا نَوَى الإِحرَامَ وَهَذَا استِحسَانٌ. وَجهُ القِيَاسِ فِيهِ مَا ذَكَرنَا.

وَوَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ هَذَا الهَديَ مَشرُوعٌ عَلَى الابتِدَاءِ نُسُكًا مِن مَنَاسِكِ الحَجِّ وَضعًا لأَنَّهُ مُختَصٌّ بِمَكَّةَ، وَيَجِبُ شُكرًا للجَمعِ بَينَ أَدَاءِ النُّسُكَينِ، وَغَيرُهُ قَد يَجِبُ بِالجِنَايَةِ وَإِن لم يَصِل إلى مَكَّةَ فَلهَذَا اكتَفَى فِيهِ بِالتَّوَجُّهِ، وَفِي غَيرِهِ تَوَقُّفَ عَلَى حَقِيقَةِ الفِعل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ قَلَّدَ بَدَنَةً تَطَوُّعًا أَوْ نَذْرًا أَوْ جَزَاءَ صَيْدٍ) يَعْنِي صَيْدًا قَتَلهُ فِي إحْرَامٍ مَاضٍ (أَوْ شَيْئًا مِنْ الأَشْيَاءِ) كَبَدَنَةِ المُتْعَةِ أَوْ القِرَانِ (وَتَوَجَّهَ مَعَهَا يُرِيدُ الحَجَّ فَقَدْ أَحْرَمَ لقَوْلهِ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ قَلَّدَ بَدَنَةً فَقَدْ أَحْرَمَ**» وَهَذَا بِنَاءٌ عَلى مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الإِحْرَامَ عِنْدَنَا لا يَنْعَقِدُ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ، بَل لا بُدَّ مِنْ انْضِمَامِ شَيْءٍ آخَرَ إليْهَا كَتَكْبِيرَةِ الافْتِتَاحِ فِي الصَّلاةِ، وَتَقْلِيدُ البَدَنَةِ وَالتَّوَجُّهُ مَعَهَا إلى الحَجِّ يَقُومُ مَقَامَ التَّلبِيَةِ (وَلأَنَّ سَوْقَ الهَدْيِ فِي مَعْنَى التَّلبِيَةِ فِي إظْهَارِ إجَابَةِ دُعَاءِ إبْرَاهِيمَ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لأَنَّهُ لا يَفْعَلُهُ إلا مَنْ يُرِيدُ الحَجَّ أَوْ العُمْرَةَ) قِيل: قَوْلُهُ وَإِظْهَارُ الإِجَابَةِ مَعْطُوفٌ عَلى اسْمِ إنَّ إنْ قُرِئَ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١١١/٣): غريب مرفوعا، ووقفه ابن أبي شيبة في مصنفه على ابن عباس وابن عمر، وأخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٤٣٩/١) عن جابر ﷺ.

مَنْصُوبًا، وَعَلَى مَحَلِّهِ إنْ قُرِئَ مَرْفُوعًا، فَهُوَ دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى كَوْنِ السَّوْقِ فِي مَعْنَى التَّلْبِيَةِ.

وَأَقُولُ: هُوَ مِنْ تَمَامِ الأَوَّلِ. وَتَقْرِيرُهُ: المَقْصُودُ مِنْ التَّلْبِيَةِ إظْهَارُ الإِجَابَةِ، وَإِظْهَارُ الإِجَابَةِ قَدْ يَكُونُ بِالفِعْلِ كَمَا يَكُونُ بِالقَوْلِ. أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ يَا فُلانُ فَإِجَابَتُهُ تَارَةً تَكُونُ بِلَبَّيْكَ وَتَارَةً بِالحُضُورِ وَالامْتِثَالِ بَيْنَ يَدَيْهِ (فَيَصِيرُ بِهِ) أَيْ بِالسَّوْقِ (مُحْرِمًا لاتِّصَالِ النِّيَّةِ بِفِعْلٍ هُوَ مِنْ خَصَائِصِ الإِحْرَامِ) فَحَصَلَ الإِجَابَةُ لَبَّى أَوْ لَمْ يُلَبِّ، وَإِنَّمَا قَالَ بَدَنَةً لأَنَّ الغَنَمَ لا تُقَلَّدُ، وَهَذَا لأَنَّ التَّقْلِيدَ لِئَلا يُمْنَعَ مِنْ المَاءِ وَالعَلَفِ إذَا عُلِمَ أَنَّهُ هَدْيٌ، وَهَذَا فِيمَا يَغِيبُ عَنْ صَاحِبِهِ كَالإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ صَاحِبُهُ يَضِيعُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَلَّدَهَا وَبَعَثَ بِهَا) ظَاهِرٌ.

وَكَانَتْ الصَّحَابَةُ مُخْتَلِفِينَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ عَلَى ثَلاثَةِ أَقْوَالٍ:

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إذَا قَلَّدَهَا صَارَ مُحْرِمًا.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إذَا تَوَجَّهَ فِي أَثَرِهَا صَارَ مُحْرِمًا.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إذَا أَدْرَكَهَا وَسَاقَهَا صَارَ مُحْرِمًا، فَأَخَذْنَا بِالمُتَيَقَّنِ وَقُلْنَا إذَا أَدْرَكَهَا وَسَاقَهَا صَارَ مُحْرِمًا لاتِّفَاقِ الصَّحَابَةِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا أَدْرَكَهَا وَسَاقَهَا أَوْ أَدْرَكَهَا) رَدَّدَ بَيْنَ السَّوْقِ وَعَدَمِهِ لأَنَّ الرِّوَايَةَ قَدْ اخْتَلَفَتْ فِيهِ. شَرَطَ فِي المَبْسُوطِ السَّوْقَ مَعَ اللُّحُوقِ وَلَمْ يَشْتَرِطْ السَّوْقَ بَعْدَ اللُّحُوقِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَالمُصَنِّفُ جَمَعَ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ اقْتَرَنَتْ نِيَّتُهُ بِعَمَلٍ هُوَ مِنْ خَصَائِصِ الإِحْرَامِ) أَمَّا إذَا سَاقَ الهَدْيَ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا إذَا أَدْرَكَ وَلَمْ يَسُقْ وَسَاقَ غَيْرُهُ فَلأَنَّ فِعْلَ الوَكِيلِ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ كَفِعْلِ المُوَكِّلِ. وَقَوْلُهُ (إلا فِي بَدَنَةِ المُتْعَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمْ يَصِرْ مُحْرِمًا حَتَّى يَلْحَقَهَا.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: ههنا قَيْدٌ لا بُدَّ مِنْ ذِكْرِهِ وَهُوَ أَنَّهُ فِي بَدَنَةِ المُتْعَةِ إنَّمَا يَصِيرُ مُحْرِمًا بِالتَّقْلِيدِ وَالتَّوَجُّهِ إذَا حَصَلا فِي أَشْهُرِ الحَجِّ، فَإِنْ حَصَلا فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الحَجِّ لا يَصِيرُ مُحْرِمًا مَا لَمْ يُدْرِكْ الهَدْيَ وَيَسِرْ مَعَهُ، هَكَذَا فِي الرُّقَيَّاتِ لأَنَّ تَقْلِيدَ هَدْيِ المُتْعَةِ فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الحَجِّ لا يُعْتَدُّ بِهِ لأَنَّهُ فِعْلٌ مِنْ أَفْعَالِ المُتْعَةِ، وَأَفْعَالُ المُتْعَةِ قَبْلَ أَشْهُرِ الحَجِّ لا يُعْتَدُّ بِهَا فَيَكُونُ تَطَوُّعًا، وَفِي هَدْيِ التَّطَوُّعِ مَا لَمْ يُدْرِكْ وَيَسِرْ مَعَهُ لا يَصِيرُ مُحْرِمًا، كَذَا فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانْ. وَقَوْلُهُ (وَجْهُ القِيَاسِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ إلا مُجَرَّدُ النِّيَّةِ إلخْ.

وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (عَلى الابْتِدَاءِ) احْتِرَازٌ عَمَّا وَجَبَ جَزَاءً. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مُخْتَصٌّ بِمَكَّةَ) دَلِيلُ كَوْنِه نُسُكًا. وَقَوْلُهُ (وَيَجِبُ شُكْرًا لِلجَمْعِ بَيْنَ أَدَاءِ النُّسُكَيْنِ) بَيَانُ اخْتِصَاصِه بِمَكَّةَ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ لا يَكُونُ إلا بِمَكَّةَ فَكَانَ هَدْيُ المُتْعَةِ مُخْتَصًّا بِمَكَّةَ (وَغَيْرُهُ قَدْ يَجِبُ بِالجِنَايَةِ) بِأَنْ أَصَابَ صَيْدًا قَبْلَ وُصُولِه إلى مَكَّةَ.

(فَإِن جَلَّلَ بَدَنَةً أَو أَشعَرَهَا أَو قَلَّدَ شَاةً لم يَكُن مُحرِمًا) لأَنَّ التَّجلِيلَ لِدَفعِ الحَرِّ وَالبَردِ وَالذُّبَابِ فَلم يَكُن مِن خَصَائِصِ الحَجِّ. وَالإِشعَارُ مَكرُوهٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى فَلا يَكُونُ مِنَ النُّسُكِ فِي شَيءٍ. وَعِندَهُمَا إن كَانَ حَسَنًا فَقَد يُفعَلُ لِلمُعَالجَةِ، بِخِلافِ التَّقلِيدِ لأَنَّهُ يَختَصُّ بِالهَدْيِ، وَتَقلِيدُ الشَّاةِ غَيرُ مُعتَادٍ وَلَيسَ بِسُنَّةٍ أَيضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ جَلَّلَ بَدَنَةً أَوْ أَشْعَرَهَا) التَّجْلِيلُ: إلبَاسُ الجَلِّ، وَإِشْعَارُ البَدَنَةِ: إعْلامُهَا بِشَيْءٍ أَنَّهَا هَدْيٌ، مِنْ الشِّعَارِ: وَهُوَ العَلامَةُ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَال: (وَالبُدنُ مِنَ الإِبلِ وَالبَقَرِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مِنَ الإِبلِ خَاصَّةً لِقَولِه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ الجُمُعَةِ «فَالمُتَعَجِّلُ مِنهُم كَالمُهدِي بَدَنَةً، وَالَّذِي يَلِيه كَالمُهدِي بَقَرَةً»[1] فَصَل بَينَهُمَا.

وَلَنَا أَنَّ البَدَنَةَ تُنبِئُ عَن البَدَانَةِ وَهِيَ الضَّخَامَةُ، وَقَد اشتَرَكَا فِي هَذَا المَعنَى وَلِهَذَا يُجزِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَن سَبعَةٍ. وَالصَّحِيحُ مِن الرِّوَايَةِ فِي الحَدِيثِ «كَالمُهدِي جَزُورًا» وَاللَّهُ تَعَالى أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالصَّحِيحُ مِنْ الرِّوَايَةِ فِي الحَدِيثِ «**كَالمُهْدِي جَزُورًا**» يَعْنِي فِي مَوْضِعِ البَدَنَةِ: وَلَئِنْ ثَبَتَتْ تِلكَ الرِّوَايَةُ الَّتِي رَوَاهَا. قُلنَا: التَّمْيِيزُ مِنْ حَيْثُ الحُكْمُ بِالعَطْفِ لا يَدُلُّ عَلى اخْتِلافِ الجِنْسِيَّةِ، وَكَذَا التَّخْصِيصُ بِاسْمٍ خَاصٍّ لا يَمْنَعُ الدُّخُول تَحْتَ اسْمِ العَامِّ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ [البقرة: ٩٨].

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب ٤، ومسلم في الجمعة حديث ١٠.

باب القرآن

(القِرَانُ أَفضَلُ مِن التَّمَتُّعِ وَالإِفرَادِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الإِفرَادُ أَفضَلُ. وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: التَّمَتُّعُ أَفضَلُ مِن القِرَانِ لأَنَّ لهُ ذِكرًا فِي القُرآنِ وَلا ذِكرَ للقِرَانِ فِيهِ.

وَللشَّافِعِيِّ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «القِرَانُ رُخصَةٌ»[1] وَلأَنَّ فِي الإِفرَادِ زِيَادَةَ التَّلبِيَةِ وَالسَّفَرَ وَالحلقَ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «يَا آل مُحَمَّدٍ أَهِلُّوا بِحَجَّةٍ وَعُمرَةٍ مَعًا»[2] وَلأَنَّ فِيهِ جَمعًا بَينَ العِبَادَتَينِ فَأَشبَهَ الصَّومَ مَعَ الاعتِكَافِ وَالحِرَاسَةِ فِي سَبِيل اللَّهِ مَعَ صَلاةِ اللَّيل. وَالتَّلبِيَةُ غَيرُ مَحصُورَةٍ وَالسَّفَرُ غَيرُ مَقصُودٍ، وَالحَلقُ خُرُوجٌ عَن العِبَادَةِ فَلا تَرجِيحَ بِمَا ذُكِرَ.

وَالمَقصِدُ بِمَا رُوِيَ نَفيُ قَول أَهل الجَاهِلِيَّةِ إِنَّ العُمرَةَ فِي أَشهُرِ الحَجِّ مِن أَفجَرِ الفُجُورِ. وَللقِرَانِ ذِكرٌ فِي القُرآنِ لأَنَّ المُرَادَ مِن قَوله تَعَالى ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة: ١٩٦] أَن يُحرِمَ بِهِمَا مِن دُوَيرَةِ أَهلِهِ عَلى مَا رَوَينَا مِن قَبلُ. ثُمَّ فِيهِ تَعجِيلُ الإِحرَامِ وَاستِدَامَةُ إِحرَامِهِمَا مِن المِيقَاتِ إِلى أَن يَفرُغَ مِنهُمَا، وَلا كَذَلكَ التَّمَتُّعُ فَكَانَ القِرَانُ أَولى مِنهُ. وَقِيل الاختِلافُ بَينَنَا وَبَينَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِنَاءً عَلى أَنَّ القَارِنَ عِندَنَا يَطُوفُ طَوَافَينِ وَيَسعَى سَعيَينِ، وَعِندَهُ طَوَافًا وَاحِدًا سَعيًا وَاحِدًا.

الشرح:

(بَابُ القِرَانِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ المُفْرَدِ شَرَعَ فِي بَيَانِ المُرَكَّبِ وَهُوَ القِرَانُ وَالتَّمَتُّعُ، إلا أَنَّ القِرَانَ **أَفْضَلُ مِنْ التَّمَتُّعِ** فَقَدَّمَهُ فِي الذِّكْرِ. اعْلَمْ أَنَّ **المُحْرِمَ عَلى أَرْبَعَةِ أَنْوَاعٍ**: مُفْرِدٌ بِالحَجِّ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، **وَمُفْرِدٌ بِالعُمْرَةِ** وَهُوَ مَنْ يَنْوِي العُمْرَةَ بِقَلبه وَيَقُولُ: لَبَّيْكَ بِعُمْرَةٍ ثُمَّ يَأْتِي بِأَفْعَالهَا، وَقَارِنٌ وَهُوَ **مَنْ يَجْمَعُ بَيْنَ العُمْرَةِ وَالحَجِّ** فَيَنْوِيهِمَا وَيَقُولُ: لَبَّيْكَ بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ وَيَأْتِي بِأَفْعَال العُمْرَةِ ثُمَّ بِأَفْعَال الحَجِّ مِنْ غَيْرِ تَحَلُّلٍ بَيْنَهُمَا، وَمُتَمَتِّعٌ وَهُوَ مَنْ **يَأْتِي بِأَفْعَال العُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ أَوْ بِأَكْثَرِ طَوَافِهَا ثُمَّ يُحْرِمُ بِالحَجِّ** وَيَحُجُّ مِنْ عَامِه ذَلكَ عَلى وَصْفِ الصِّحَّةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُلمَّ بِأَهْله إِلمَامًا صَحِيحًا.

وَالقِرَانُ أَفْضَلُ مِنْ هَذِهِ الأَقْسَامِ عِنْدَنَا، (وَقَال الشَّافِعِيُّ: الإِفْرَادُ) أَيْ إِفْرَادُ كُلٍّ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/١١٤): غريب جدًّا.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (١/٣٧٩). وانظر نصب الراية (٣/١١٤).

وَاحد مِنْ الحَجِّ وَالعُمْرَةِ بِإِحْرَامٍ عَلَى حِدَةٍ أَفْضَلُ، وَقَال مَالكٌ: التَّمَتُّعُ أَفْضَلُ مِنْ القِرَانِ لأَنَّ لَهُ ذِكْرًا فِي القُرْآنِ) قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ ، (وَلا ذِكْرَ لِلقِرَانِ فِيه) وَلِلشَّافِعِيِّ حَدِيثُ عَائِشَةَ: «**إِنَّمَا أَجْرُكِ عَلَى قَدْرِ نَصَبِكِ**» وَإِنَّمَا القِرَانُ رُخْصَةٌ وَالإِفْرَادُ عَزِيمَةٌ وَالأَخْذُ بِالعَزِيمَةِ أَوْلى (وَلأَنَّ فِي الإِفْرَادِ زِيَادَةَ الإِحْرَامِ وَالسَّفَرِ وَالحَلق) فَإِنَّ القَارِنَ يُؤَدِّي النُّسُكَيْنِ بِسَفَرٍ وَاحِدٍ وَيُلَبِّي لَهُمَا تَلبِيَةً وَاحِدَةً وَيَحْلقُ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَالمُفْرِدُ يُؤَدِّي كُلَّ نُسُكٍ بِصِفَةِ الكَمَال وَالأَخْذُ بِصِفَةِ الكَمَال أَوْلى (وَلنَا) مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِهِ لِلآثَارِ أَنَّهُ ﷺ (قَال: «**يَا آل مُحَمَّد أَهِلُّوا بِحَجَّة وَعُمْرَة مَعًا**» وَلأَنَّ فِي القِرَانِ جَمْعًا بَيْنَ العِبَادَتَيْنِ) وَذَلكَ أَفْضَلُ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الصَّوْمِ وَالاعْتِكَاف وَبَيْنَ الحِرَاسَةِ فِي سَبِيل اللَّه لِحِمَايَةِ الغُزَاة بِاللَّيْل وَالصَّلاة فِيه. وَقَوْلُهُ (وَالتَّلبِيَةُ غَيْرُ مَحْصُورَة) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَلأَنَّ فِيه زِيَادَةَ التَّلبِيَة، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المُفْرِدَ كَمَا يُكَرِّرُ التَّلبِيَةَ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، فَكَذَلكَ القَارِنُ فَيَجُوزُ أَنْ تَقَعَ تَلبِيَةُ القَارِنِ أَكْثَرَ مِنْ تَلبِيَةِ المُفْرِد. وَقَوْلُهُ (وَالسَّفَرُ غَيْرُ مَقْصُود) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَالسَّفَرُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الحَجُّ وَالسَّفَرُ وَسِيلةٌ إِليْه فَلا يُوجِبُ عَدَمُهُ نَقْصًا فِي الحَجِّ، وَذَلكَ لأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلى الإِحْرَامِ فَعَدَمُهُ لا يُوجِبُ نَقْصًا فِيه. وَقَوْلُهُ (وَالحَلقُ خُرُوجٌ عَنْ العِبَادَة) يَعْنِي فَلا يُؤَثِّرُ فِيهَا لِيَتَرَجَّحَ بِه. وَقَوْلُهُ (وَالمَقْصِدُ بِمَا رُوِيَ) يَعْنِي قَوْلهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**القِرَانُ رُخْصَةٌ**» (نَفْيُ قَوْل أَهْل الجَاهِليَّة: إِنَّ **العُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ** مِنْ أَفْجَرِ الفُجُورِ) أَيْ مِنْ أَسْوَإِ السَّيِّئَات، وَليْسَ المُرَادُ بِالرُّخْصَة مَا هُوَ المُصْطَلحُ لأَنَّ القِرَانَ عَزِيمَةٌ، وَإِنَّمَا المُرَادُ بِه التَّوْسِعَةُ وَذَلكَ لأَنَّ أَشْهُرَ الحَجِّ قَبْل الإِسْلامِ كَانَتْ لِلحَجِّ، فَأَدْخَل اللَّهُ تَعَالى العُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ إِسْقَاطًا لِلسَّفَرِ الجَدِيد عَنْ الغُرَبَاءِ، فَكَانَ اجْتِمَاعُهُمَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ تَوْسِعَةً عَلى النَّاسِ فَسَمَّاهُ رُخْصَةً.

وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِهَا المُصْطَلحُ وَيَكُونُ رُخْصَةَ إِسْقَاط كَشَطْرِ الصَّلاة فِي السَّفَرِ، وَالرُّخْصَةُ فِي مِثْله عَزِيمَةٌ عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَلِلقِرَانِ ذِكْرٌ فِي القُرْآنِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْل مَالك (لأَنَّ المُرَادَ بِقَوْله تَعَالى ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة: ١٩٦] أَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْله عَلى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْل المَوَاقِيت.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِيه) أَيْ فِي القِرَانِ شُرُوعٌ فِي التَّرْجِيحِ بَعْدَ تَمَامِ الجَوَاب.

فَإِنْ قِيلَ: المَأْمُورُ بِالحَجِّ إِذَا قَرَنَ يَصِيرُ مُخَالِفًا، وَلَوْ كَانَ القِرَانُ أَفْضَلَ لَمَا كَانَ مُخَالِفًا، لِأَنَّهُ أَتَى بِالمَأْمُورِ بِهِ مَعَ زِيَادَةٍ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِصَرْفِ النَّفَقَةِ إِلَى عِبَادَةٍ تَقَعُ لِلآمِرِ عَلَى الخُلُوصِ وَهِيَ إِفْرَادُ الحَجِّ لَهُ وَقَدْ صَرَفَهَا إِلَى عِبَادَةٍ تَقَعُ لِلآمِرِ وَعِبَادَةٌ تَقَعُ لِنَفْسِهِ فَكَانَ مُخَالِفًا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ هَلْ دَخَلَ فِي المَأْمُورِ بِهِ نَقْصٌ بِالقِرَانِ أَوْ لَا؟ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلَيْسَ القِرَانُ أَفْضَلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَا يَكُونُ مُخَالِفًا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ دَخَلَ نَقْصٌ، وَالقِرَانُ الأَفْضَلُ الَّذِي كَانَ العِبَادَتَانِ فِيهِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ فِيهِ الجَمْعَ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ حَقِيقَةً. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ الاخْتِلَافُ بَيْنَنَا) يَعْنِي أَنَّ النِّزَاعَ لَفْظِيٌّ.

قَالَ: (وَصِفَةُ القِرَانِ أَن يُهِلَّ بِالعُمرَةِ وَالحَجِّ مَعًا مِن المِيقَاتِ وَيَقُولُ عَقِيبَ الصَّلَاةِ: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الحَجَّ وَالعُمرَةَ فَيَسِّرْهُمَا لِي وَتَقَبَّلْهُمَا مِنِّي) لِأَنَّ القِرَانَ هُوَ الجَمعُ بَينَ الحَجِّ وَالعُمرَةِ مِن قَولِكَ قَرَنتَ الشَّيءَ بِالشَّيءِ إِذَا جَمَعتَ بَينَهُمَا، وَكَذَا إِذَا أَدخَلَ حَجَّةً عَلَى عُمرَةٍ قَبلَ أَن يَطُوفَ لَهَا أَربَعَةَ أَشوَاطٍ لِأَنَّ الجَمعَ قَد تَحَقَّقَ إِذ الأَكثَرُ مِنهَا قَائِمٌ، وَمَتَى عَزَمَ عَلَى أَدَائِهِمَا يَسأَلُ التَّيسِيرَ فِيهِمَا وَقَدَّمَ العُمرَةَ عَلَى الحَجِّ فِيهِ وَلِذَلِكَ يَقُولُ: لَبَّيكَ بِعُمرَةٍ وَحَجَّةٍ مَعًا لِأَنَّهُ يَبدَأُ بِأَفعَالِ العُمرَةِ فَكَذَلِكَ يَبدَأُ بِذِكرِهَا، وَإِن أَخَّرَ ذَلِكَ فِي الدُّعَاءِ وَالتَّلبِيَةِ لَا بَأسَ بِهِ لِأَنَّ الوَاوَ لِلجَمعِ، وَلَو نَوَى بِقَلبِهِ وَلَم يَذكُرهُمَا فِي التَّلبِيَةِ أَجزَأَهُ اعتِبَارًا بِالصَّلَاةِ (فَإِذَا دَخَلَ مَكَّةَ ابتَدَأَ فَطَافَ بِالبَيتِ سَبعَةَ أَشوَاطٍ يَرمُلُ فِي الثَّلَاثِ الأُوَلِ مِنهَا، وَيَسعَى بَعدَهَا بَينَ الصَّفَا وَالمَروَةِ، وَهَذِهِ أَفعَالُ العُمرَةِ، ثُمَّ يَبدَأُ بِأَفعَالِ الحَجِّ فَيَطُوفُ طَوَافَ القُدُومِ سَبعَةَ أَشوَاطٍ وَيَسعَى بَعدَهُ كَمَا بَيَّنَّا فِي المُفرِدِ) وَيُقَدِّمُ أَفعَالَ العُمرَةِ لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ [البقرة: ١٩٦] وَالقِرَانُ فِي مَعنَى المُتعَةِ وَلَا يَحلِقُ بَينَ العُمرَةِ وَالحَجِّ لِأَنَّ ذَلِكَ جِنَايَةٌ عَلَى إِحرَامِ الحَجِّ، وَإِنَّمَا يَحلِقُ فِي يَومِ النَّحرِ كَمَا يَحلِقُ المُفرِدُ، وَيَتَحَلَّلُ بِالحَلقِ عِندَنَا لَا بِالذَّبحِ كَمَا يَتَحَلَّلُ المُفرِدُ ثُمَّ هَذَا مَذهَبُنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَطُوفُ طَوَافًا وَاحِدًا وَيَسعَى سَعيًا وَاحِدًا لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «دَخَلَت العُمرَةُ فِي الحَجِّ إِلَى يَومِ القِيَامَةِ»[1] وَلِأَنَّ مَبنَى القِرَانِ عَلَى

---

(١) أخرجه مسلم في الحج (حديث ١٤٧)، وأبو داود (١٧٩٠)، والترمذي في الحج باب ٨٩ (حديث ٩٣٢).

التَّدَاخُل حتَّى اكتَفَى فِيهِ بِتَلبِيَةٍ واحِدَةٍ وَسَفرٍ واحِدٍ وَحلَقٍ وَاحِدٍ فَكَذَلكَ فِي الأَركَانِ. وَلنَا أَنَّهُ لَمَّا طَافَ صَبِيُّ بنُ مَعبَدٍ طَوَافَينِ وَسَعَى سَعيَينِ قَال لهُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُ: هُدِيتَ لسُنَّةِ نَبِيِّك، وَلأَنَّ القِرَانَ ضَمُّ عِبَادَةٍ إلى عِبَادَةٍ وَذَلكَ إنَّمَا يَتَحقَّقُ بِأَدَاءِ عَمَل كُلِّ وَاحِدٍ عَلى الكَمَال، وَلأَنَّهُ لا تَدَاخُل فِي العِبَادَاتِ. وَالسَّفَرُ للتَّوَسُّل، وَالتَّلبِيَةُ للتَّحرِيمِ، وَالحَلقُ للتَّحَلُّل، فَليسَت هَذِهِ الأَشيَاءُ بِمَقَاصِدَ، بِخِلافِ الأَركَانِ، أَلا تَرَى أَنَّ شَفعَي التَّطَوُّعِ لا يَتَدَاخَلانِ وَبِتَحرِيمَةٍ وَاحِدَةٍ يُؤَدَّيَانِ وَمَعنَى مَا رَوَاهُ دَخَل وَقتُ العُمرَةِ فِي وَقتِ الحَجِّ.

الشرح:

قَال: (وَصِفَةُ القِرَانِ أَنْ يُهِلَّ بِالعُمْرَةِ وَالحَجِّ مَعًا مِنْ المِيقَاتِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَدْخَل حَجَّةً عَلى عُمْرَةٍ قَبْل أَنْ يَطُوفَ لَهَا أَرْبَعَةَ أَشْوَاط) يَعْنِي يَكُونُ قَارِنًا فِي هَذِه الصُّورَةِ أَيْضًا لوُجُود الجَمْعِ بَيْنَ الحَجِّ وَالعُمْرَة، وَصُورَتُهُ أَنْ يُحْرِمَ بِعُمْرَةٍ فَيَطُوفَ لَهَا أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْوَاطٍ ثُمَّ أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ، وَلوْ طَافَ لَهَا أَرْبَعَةً لا يَصِيرُ قَارِنًا بِالإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَخَّرَ ذَلكَ) أَيْ ذَكَرَ العُمْرَةَ (فِي الدُّعَاءِ وَالتَّلبِيَة) بِأَنْ يَقُول: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الحَجَّ وَالعُمْرَةَ وَلَبَّيْكَ بِحَجَّة وَعُمْرَةٍ (لا بَأْسَ بِذَلكَ لأَنَّ الوَاوَ للجَمْعِ) وَلكِنَّ تَقْدِيمَ ذِكْرِهَا فِيهِمَا جَمِيعًا أَوْلى لأَنَّ اللَّهَ تَعَالى قَدَّمَ ذِكْرَهَا فِي قَوْله ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ وَكَلمَةُ إلى للغَايَة (وَلأَنَّهُ يَبْدَأُ بِأَفْعَال العُمْرَة فَكَذَا يَبْدَأُ بِذِكْرِهَا) وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالصَّلاة) يَعْنِي أَنَّ الذِّكْرَ بِاللِّسَانِ لَمْ يَكُنْ شَرْطًا فِيهَا وَإِنَّمَا الشَّرْطُ أَنْ يَعْلَمَ بِقَلبِه أَيَّ صَلاةٍ هِيَ فَكَذَلكَ هَذَا. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا دَخَل) يَعْنِي القَارِنُ بَيَانٌ لكَيْفِيَّة العَمَل.

وَقَوْلُهُ: (وَالقِرَانُ فِي مَعْنَى المُتْعَة) يَعْنِي أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِتَقْدِيمِ أَفْعَال العُمْرَة عَلى أَفْعَال الحَجِّ فِي التَّمَتُّعِ وَالقِرَانُ فِي مَعْنَاهُ لأَنَّ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا جَمْعًا بَيْنَ النُّسُكَيْنِ فِي سَفَرٍ فَيَكُونُ وَارِدًا فِيه أَيْضًا دَلالةً. وَقَوْلُهُ (عِنْدَنَا) احْتِرَازٌ عَنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَتَحَلَّلُ عِنْدَهُ بِالذَّبْح.

وَقِيل لَيْسَ هَذَا بِمَشْهُورٍ عَنْ الشَّافِعِيِّ وَإِنَّمَا المَشْهُورُ عَنْهُ أَنَّهُ يَتَحَلَّلُ بِرَمْيِ جَمْرَةِ

العَقَبَة. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هَذَا مَذْهَبُنَا) أَيْ إِتْيَانُ القَارِنِ بِأَفْعَالِ العُمْرَةِ وَأَفْعَالِ الحَجِّ جَمِيعًا هُوَ مَذْهَبُنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَطُوفُ طَوَافًا وَاحِدًا وَيَسْعَى سَعْيًا وَاحِدًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**دَخَلَتْ العُمْرَةُ فِي الحَجِّ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ**» فَيَكْتَفِي بِأَفْعَالِ الحَجِّ عَنْ أَفْعَالِ العُمْرَةِ وَإِلا لا تَكُونُ العُمْرَةُ دَاخِلَةً (وَلِأَنَّ مَبْنَى القِرَانِ عَلَى التَّدَاخُلِ حَتَّى اُكْتُفِيَ بِتَلْبِيَةٍ وَاحِدَةٍ وَسَفَرٍ وَاحِدٍ وَحَلْقٍ وَاحِدٍ) وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الإِحْرَامَ عِنْدَهُ مِنْ أَرْكَانِ الحَجِّ وَالرُّكْنَانِ مِنْ عِبَادَتَيْنِ لا يُتَصَوَّرُ تَأْدِيهِمَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَحَيْثُ جَاءَ الشَّرْعُ بِالقِرَانِ دَلَّ عَلَى التَّدَاخُلِ، فَكَمَا وُجِدَ التَّدَاخُلُ فِي الإِحْرَامِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي الطَّوَافِ وَالسَّعْيِ أَيْضًا مَوْجُودًا دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ، وَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ يَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ فَكَذَلِكَ فِي الأَرْكَانِ: أَيْ فِي بَقِيَّةِ الأَرْكَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا طَافَ صَبِيُّ بْنُ مَعْبَدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ لا تَدَاخُلَ فِي العِبَادَاتِ) مَنْقُوضٌ بِسَجْدَةِ التِّلَاوَةِ فَإِنَّهَا عِبَادَةٌ وَفِيهَا التَّدَاخُلُ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ العِبَادَةُ المَقْصُودَةُ وَالسَّجْدَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَبِأَنَّ التَّدَاخُلَ فِيهَا لِدَفْعِ الحَرَجِ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ فَلا يُقَاسُ عَلَيْهَا وَلا يُلْحَقُ بِهَا الحَجُّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهَا فِي وُجُودِ الحَرَجِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالسَّفَرُ لِلتَّوَسُّلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ حَتَّى اُكْتُفِيَ فِيهِ بِتَلْبِيَةٍ وَاحِدَةٍ إلخ. لا يُقَالُ: قَوْلُهُ: وَالسَّفَرُ لِلتَّوَسُّلِ وَالتَّلْبِيَةُ لِلتَّحَرُّمِ وَالحَلْقُ لِلتَّحَلُّلِ وَقَعَ تَكْرَارًا فِي دَلِيلِ الخَصْمِ وَفِي الجَوَابِ عَنْهُ لِتَقَدُّمِ ذِكْرِهِ فِي أَوَّلِ البَابِ مَرَّةً لِأَنَّهُ ذُكِرَ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ كَوْنِ الإِفْرَادِ أَفْضَلَ، وَهَهُنَا بِاعْتِبَارِ إِفْرَادِ الطَّوَافِ وَالسَّعْيِ فَيُحْتَاجُ إِلَى الجَوَابِ عَنْهُ بِالاعْتِبَارَيْنِ، وَمِثْلُهُ مِنْ التَّكْرَارِ لَيْسَ بِمُنْكَرٍ. وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى مَا رَوَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**دَخَلَتْ العُمْرَةُ فِي الحَجِّ**» (دَخَلَ وَقْتُ العُمْرَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُمْ كَانُوا يَجْعَلُونَ أَشْهُرَ الحَجِّ قَبْلَ الإِسْلَامِ لِلحَجِّ فَأَدْخَلَ اللَّهُ وَقْتَ العُمْرَةِ فِي وَقْتِ الحَجِّ إِسْقَاطًا لِلسَّفَرِ الجَدِيدِ عَنْ الغُرَبَاءِ تَوْسِعَةً.

قَالَ: (فَإِنْ طَافَ طَوَافَيْنِ لِعُمْرَتِهِ وَحَجَّتِهِ وَسَعَى سَعْيَيْنِ يُجْزِيهِ) لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا هُوَ المُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَقَدْ أَسَاءَ بِتَأْخِيرِ سَعْيِ العُمْرَةِ وَتَقْدِيمِ طَوَافِ التَّحِيَّةِ عَلَيْهِ وَلا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ التَّقْدِيمَ وَالتَّأْخِيرَ فِي المَنَاسِكِ لا يُوجِبُ الدَّمَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ طَوَافُ التَّحِيَّةِ سُنَّةٌ وَتَرْكُهُ لا يُوجِبُ الدَّمَ فَتَقْدِيمُهُ أَوْلَى. وَالسَّعْيُ بِتَأْخِيرِهِ

بالاشتِغَال بِعَمَلٍ آخَرَ لا يُوجِبُ الدَّمَ فَكَذَا بِالاشتِغَال بِالطَّوَافِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ طَافَ طَوَافَيْنِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالسَّعْيُ بِتَأْخِيرِهِ) يَعْنِي أَنَّ تَأْخِيرَ سَعْيِ العُمْرَةِ (بِالاشْتِغَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ) كَالأَكْلِ وَالنَّوْمِ، وَإِنْ كَانَ يَوْمًا (لا يُوجِبُ الدَّمَ فَكَذَا بِالاشْتِغَالِ بِطَوَافِ التَّحِيَّةِ)

قَال (وَإِذَا رَمَى الجَمرَةَ يَومَ النَّحرِ ذَبَحَ شَاةً أَو بَقَرَةً أَو بَدَنَةً أَو سُبُعَ بَدَنَةٍ فَهَذَا دَمُ القِرَانِ) لأَنَّهُ فِي مَعنَى المُتعَةِ وَالهَديُ مَنصُوصٌ عَليهِ فِيهَا، وَالهَديُ مِن الإِبلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ عَلَى مَا نَذكُرُهُ فِي بَابِهِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى، وَأَرَادَ بِالبَدَنَةِ هھنا البَعِيرَ وَإِن كَانَ اسمُ البَدَنَةِ يَقَعُ عَلَيهِ وَعَلى البَقَرَةِ عَلى مَا ذَكَرنَا، وَكَمَا يَجُوزُ سُبُعُ البَعِيرِ يَجُوزُ سُبُعُ البَقَرَةِ (فَإِذَا لم يَكُن لهُ مَا يَذبَحُ صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فِي الحَجِّ آخِرُهَا يَومُ عَرَفَةَ، وَسَبعَةَ أَيَّامٍ إذَا رَجَعَ إلى أَهلهِ) لقَولهِ تَعَالى: ﴿ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ فِي ٱلۡحَجِّ وَسَبۡعَةٍ إِذَا رَجَعۡتُمۡۗ تِلۡكَ عَشَرَةٞ كَامِلَةٞ ﴾ **[البقرة: ١٩٦] فَالنَّصُّ وَإن وَرَدَ فِي التَّمَتُّعِ فَالقِرَانُ مِثلُهُ لأَنَّهُ مُرتَفِقٌ بِأَدَاءِ النُّسُكَينِ.**

وَالمُرَادُ بِالحَجِّ وَاللَّهُ أَعلمُ وَقتُهُ لأَنَّ نَفسَهُ لا يَصلُحُ ظَرفًا، إلا أَنَّ الأَفضَلَ أَن يَصُومَ قَبلَ يَومِ التَّروِيَةِ بِيَومٍ وَيَومَ التَّروِيَةِ وَيَومَ عَرَفَةَ لأَنَّ الصَّومَ بَدَلٌ عَن الهَديِ فَيُستَحَبُّ تَأخِيرُهُ إلى آخِرِ وَقتِهِ رَجَاءَ أَن يَقدِرَ عَلى الأَصلِ (وَإن صَامَهَا بِمَكَّةَ بَعدَ فَرَاغِهِ مِن الحَجِّ جَازَ) وَمَعنَاهُ بَعدَ مُضِيِّ أَيَّامِ التَّشرِيقِ لأَنَّ الصَّومَ فِيهَا مَنهِيٌّ عَنهُ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: لا يَجُوزُ لأَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالرُّجُوعِ، إلا أَن يَنوِيَ المَقَامَ فَحِينَئِذٍ يُجزِيهِ لتَعَذُّرِ الرُّجُوعِ. وَلنَا أَنَّ مَعنَاهُ رَجَعتُم عَن الحَجِّ: أَي فَرَغتُم، إذ الفَرَاغُ سَبَبُ الرُّجُوعِ إلى أَهلهِ فَكَانَ الأَدَاءُ بَعدَ السَّبَبِ فَيَجُوزُ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا رَمَى جَمْرَةَ العَقَبَةِ يَوْمَ النَّحْرِ ذَبَحَ شَاةً أَوْ بَقَرَةً أَوْ بَدَنَةً أَوْ سُبُعَ بَدَنَةٍ **فَهَذَا دَمُ القِرَانِ** لأَنَّهُ فِي مَعْنَى المُتْعَةِ) لِمَا تَقَدَّمَ وَالهَدْيُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِيهَا (بِقَوْلِهِ تَعَالى ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِ ﴾ وَلِهَذَا عَيْنُ الذَّبْحِ هَهُنَا)، وَقَال فِي المُفْرِدِ: ثُمَّ يَذْبَحُ إنْ أَحَبَّ (وَالهَدْيُ مِنْ الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ عَلَى مَا يُذْكَرُ فِي

بَابِه) وَأَرَادَ بِالبَدَنَة ههنا البَعِيرَ، وَكَأَنَّهُ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: أَنْتُمْ تَقُولُونَ البَدَنَةُ تُطْلَقُ عَلَى البَعِيرِ وَالبَقَرَةِ فَكَيْفَ قَالَ ههنا بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً؟ وَتَقْرِيرُهُ: نَحْنُ لا نُنْكِرُ جَوَازَ إِطْلاقِ البَدَنَةِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ مَعْنَيَيْه مُفْرَدًا وَههنا كَذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لكِنَّ المَنْصُوصَ عَلَيْه هَدْيٌ وَهُوَ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى: أَيْ يُنْقَلُ إِلى الحَرَمِ وَسُبُعُ البَدَنَة لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلت كَذَا فَعَلَيَّ هَدْيٌ فَفَعَل كَانَ عَلَيْه مَا اسْتَيْسَرَ مِنْ الهَدْيِ وَهُوَ شَاةٌ.

فَالجَوَابُ أَنَّ القِيَاسَ مَا ذَكَرْتُمْ، وَلكِنْ ثَبَتَ جَوَازُ سُبُعِ البَدَنَة أَوْ البَقَرَة بِحَدِيث جَابِرٍ ﷺ قَالَ: «اشْتَرَكْنَا حِينَ كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي البَقَرَةِ سَبْعَةٌ، وَفِي البَدَنَة سَبْعَةٌ، وَفِي الشَّاةِ وَاحِدٌ» أَمَّا فِي النَّذْرِ إِذَا نَوَى سُبُعَ بَدَنَةٍ فَلا رِوَايَةَ فِيه، وَعَلَى تَقْدِيرِ التَّسْلِيم فَالفَرْقُ أَنَّ النَّذْرَ يَنْصَرِفُ إِلى المُتَعَارَف كَاليَمِينِ وَبَعْضُ الهَدْيِ لَيْسَ بِهَدْيٍ عُرْفًا (**فَإِذَا لَمْ يَجِدْ مَا يَذْبَحُ** صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فِي الحَجِّ) أَيْ فِي وَقْته بَعْدَ أَنْ أَحْرَمَ بِالعُمْرَة، وَالأَفْضَلُ أَنْ يَصُومَ قَبْل يَوْمِ التَّرْوِيَةِ بِيَوْمٍ وَيَوْمَ التَّرْوِيَةِ وَيَوْمَ عَرَفَةَ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب (وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلى أَهْلِه لِقَوْله تَعَالَى ﴿ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ فِي ٱلۡحَجِّ وَسَبۡعَةٍ إِذَا رَجَعۡتُمۡۗ تِلۡكَ عَشَرَةٞ كَامِلَةٞ ﴾، وَهَذَا النَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ فِي التَّمَتُّعِ لكِنَّ القِرَانَ فِي مَعْنَاهُ) كَمَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَالمُرَادُ بِالرُّجُوعِ إِلى الأَهْلِ الفَرَاغُ مِنْ الحَجِّ مِنْ بَابِ ذِكْرِ المُسَبَّبِ وَهُوَ الرُّجُوعُ وَإِرَادَة السَّبَبِ وَهُوَ الفَرَاغُ (فَكَانَ الأَدَاءُ بَعْدَ السَّبَبِ فَيَجُوزُ).

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: ذِكْرُ المُسَبَّبِ وَإِرَادَةُ السَّبَبِ لا يَصِحُّ فِي المَجَازِ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول. وَالجَوَابُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخْتَصًّا وَالفَرَاغُ سَبَبٌ مُخْتَصٌّ بِالرُّجُوعِ فَيَجُوزُ.

فَإِنْ قِيل: لا مَجَازَ إِلا بِقَرِينَة فَمَا هِيَ؟ قُلت: إِطْلاقُ ذِكْرِ الرُّجُوعِ عَنْ ذِكْرِ الأَهْلِ، وَقَوْلُهُ ثَلاثَة أَيَّامٍ فِي الحَجِّ فَكَأَنَّهُ قَال: وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعْتُمْ عَمَّا كُنْتُمْ مُقْبِلِينَ عَلَيْه فِيه.

قِيل: وَفَائِدَةُ الفَذْلَكَة نَفْيُ الإِبَاحَة الَّتِي تُتَوَهَّمُ مِنْ كَلِمَة الوَاوِ فِي قَوْله ﴿ وَسَبۡعَةٍ إِذَا رَجَعۡتُمۡ ﴾ كَمَا فِي قَوْلك: جَالِسْ الحَسَنَ وَابْنَ سِيرِينَ. وَقِيل: مَعْنَاهُ كَامِلَةً فِي وُقُوعِهَا بَدَلا مِنْ الهَدْيِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

(فَإِن فَاتَهُ الصَّومُ حَتَّى أَتَى يَومَ النَّحرِ لم يُجزِهِ إلا الدَّمُ). وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصُومُ بَعدَ هَذِهِ الأَيَّامِ لأَنَّهُ صَومٌ مُوَقَّتٌ فَيَقضِي كَصَومِ رَمَضَانَ.

وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصُومُ فِيهَا لقَولهِ تَعَالى ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ وَهذَا وَقتُهُ. وَلنَا النَّهيُ المَشهُورُ عَن الصَّومِ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ النَّصُّ أَو يَدخُلُهُ النَّقصُ فَلا يَتَأَدَّى بِهِ مَا وَجَبَ كَامِلا، وَلا يُؤَدِّي بَعدَهَا لأَنَّ الصَّومَ بَدَلٌ وَالأَبدَالُ لا تُنصَبُ إلا شَرعًا، وَالنَّصُّ خَصَّهُ بِوَقتِ الحَجِّ وَجَوَازُ الدَّمِ عَلى الأَصل.

وَعَن عُمَرَ أَنَّهُ أَمَرَ فِي مِثلهِ بِذَبحِ الشَّاةِ، فَلَو لَم يَقدِر عَلى الهَديِ تَحَلَّل وَعَلَيهِ دَمَانِ: دَمُ التَّمَتُّعِ، وَدَمُ التَّحَلُّل قَبل الهَديِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَقَال مَالكٌ يَصُومُ فِيهَا) يَعْنِي فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ دُونَ يَوْمِ النَّحْرِ لأَنَّ الصَّوْمَ فيهِ لا يَجُوزُ بالاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (وَلنَا النَّهْيُ المَشْهُورُ) يَعْنِي قَوْلهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أَلا لا تَصُومُوا فِي هَذه الأَيَّامِ**» وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَفِي التَّعَرُّضِ بلفْظ المَشْهُورِ إشَارَةٌ إلى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ: النَّصُّ يَدُلُّ عَلى مَشْرُوعيَّة الصَّوْمِ فِي هَذه الأَيَّامِ بقَوْله ﴿ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ فَلا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بغَيْرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ بالخَبَرِ لأَنَّهُ نَسْخٌ للكِتَاب، وَتَقْرِيرُ الجَوَاب أَنَّ الخَبَرَ مَشْهُورٌ فَيَجُوزُ التَّقْييدُ به.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَدْخُلُهُ النَّقْصُ) يَعْنِي لوْ لمْ يُقَيَّدْ به فَلا أَقَلَّ منْ أَنْ يُورثَ نَقْصًا، وَمَا وَجَبَ كَاملا لا يَتَأَدَّى نَاقصًا فَلا يَتَأَدَّى فِيهَا (وَلا يُؤَدَّى بَعْدَهَا) أَيْ بَعْدَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ (لأَنَّ الصَّوْمَ بَدَلٌ وَالأَبْدَالُ لا تُنَصَّبُ إلا شَرْعًا) لأَنَّ القِيَاسَ لا مَدْخَل لهُ فِي مَعْرفَة المُمَاثَلة بَيْنَ إرَاقَة الدَّمِ وَالصَّوْمِ (وَالنَّصُّ خَصَّهُ) بَدَلا (بوَقْتِ الحَجِّ) فَلا يَجُوزُ بَعْدَهُ، وَفيه بَحْثٌ منْ أَوْجُه:

أَحَدُهَا: أَنَّ البَدَل إنَّمَا يَجبُ إذَا كَانَ الأَصْلُ مُتَصَوَّرًا وَههنا ليْسَ كَذَلكَ، لأَنَّهُ إنْ قَدَرَ عَلى الهَدْيِ لا يَجُوزُ ذَبْحُهُ قَبْل يَوْمِ النَّحْرِ فَكَانَ كَمَسْأَلة الغَمُوسِ.

وَالثَّاني: أَنَّ البَدَل إنَّمَا يُصَارُ إليْه عنْدَ العَجْزِ عَنْ المُبْدَل، وَالعَجْزُ عَنْهُ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ إذَا مَضَى يَوْمُ النَّحْرِ وَلمْ يَقْدرْ عَليْه فَكَيْفَ يَجُوزُ البَدَلُ عَنْهُ قَبْلهُ.

وَالثَّالثُ: أَنَّ الدَّمَ وَاجبٌ عَليْه عنْدَنَا إذَا فَاتَ صَوْمُ الثَّلاثَة قَبْل يَوْمِ النَّحْرِ، وَهُوَ غَيْرُ مَعْقُولٍ لأَنَّهُ فَاتَ بنَفْسه وَببَدَله فَكَيْفَ يَجبُ بَعْدَ ذَلكَ؟ وَالجَوَابُ أَنَّ الصَّوْمَ بَدَلٌ عَنْ الهَدْيِ إذَا لمْ يَجدْهُ بَعْدَمَا أَحْرَمَ بالعُمْرَة بالنَّصِّ، وَأَصْلٌ منْ حَيْثُ إنَّهُ مُوَقَّتٌ بوَقْت

مُعَيَّنٍ، وَلَوْ كَانَ بَدَلا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ كَانَ كَالْمُبْدَلِ فِي الإِطْلاقِ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ لأَنَّ حُكْمَ الْبَدَلِ حُكْمُ الأَصْلِ فِي الإِطْلاقِ كَالتَّيَمُّمِ مَعَ الوُضُوءِ، فَبِالنَّظَرِ إلى أَصَالَتِهِ جَازَ بِغَيْرِ تَصَوُّرِ الأَصْلِ وَقَبْلَ تَحَقُّقِ تَمَامِ العَجْزِ عَنْهُ، وَبِالنَّظَرِ إلى البَدَلِيَّةِ يَلزَمُ الهَدْيُ إذَا قَدَرَ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّحَلُّلِ فِي يَوْمِ النَّحْرِ لِلقُدْرَةِ عَلى الأَصْلِ. قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالخُلفِ.

وَأَمَّا وُجُوبُ الدَّمِ بَعْدَ مُضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ إذَا لَمْ يَصُمْ الثَّلاثَةَ فَبِنَاءً عَلى الأَصْلِ. قِيلَ لأَنَّ الدَّمَ هُوَ الأَصْلُ، وَلَيْسَ مُقَيَّدًا بِأَيَّامِ النَّحْرِ لِقَوْلِهِ تَعَالى: ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْىِ ﴾ غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِوَقْتٍ فَيَجُوزُ ذَبْحُهُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ وَفِيمَا بَعْدَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ **ذَبْحَ هَدْيِ المُتْعَةِ مُوَقَّتٌ** بِأَيَّامِ النَّحْرِ وَهُوَ عَلى خِلافِ مُقْتَضَى هَذَا النَّصِّ. وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُقَيَّدًا لَجَازَ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الدَّمَ وَاجِبٌ إذَا فَاتَهُ صَوْمُ الثَّلاثَةِ عَنْ وَقْتِهِ فَكَيْفَ عَبَّرَ المُصَنِّفُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ وَجَوَازُ الدَّمِ؟ وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ هَدْيَ المُتْعَةِ وَالقِرَانِ يَخْتَصُّ ذَبْحُهُ بِيَوْمِ النَّحْرِ بِدَلِيلٍ يَقْتَضِيهِ عَلى مَا سَيَأْتِي فِي بَابِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالى فَلا يَجُوزُ قَبْلَهُ.

وَالمُرَادُ بِالأَصْلِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ مَا هُوَ المَعْهُودُ أَنَّ الشَّيْءَ إذَا وَجَبَ فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ المُكَلَّفُ بِهِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْ ذِمَّتِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي أَيِّ وَقْتٍ كَانَ، وَهَهُنَا وَجَبَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ فَيَأْتِي بِهِ فِي أَيِّ وَقْتٍ قَدَرَ عَلَيْهِ.

وَعَنْ الثَّانِي أَنَّهُ عَبَّرَ عَنْهُ بِالجَوَازِ نَظَرًا إلى الصَّوْمِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ وَهَذَا جَائِزٌ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ فَعَبَّرَ عَنْهُ بِالجَوَازِ. هَذَا الَّذِي سَنَحَ لِي فِي هَذَا المَوْضِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْ عُمَرَ) اعْتِضَادٌ لإِيجَابِ الدَّمِ بَعْدَ فَوَاتِ الصَّوْمِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(فَإِن لم يَدخُل القَارِنُ مَكَّةَ وَتَوَجَّهَ إلى عَرفَاتٍ فَقَد صَارَ رَافِضًا لِعُمرَتِهِ بِالوُقُوفِ) لأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيهِ أَدَاؤُهَا لأَنَّهُ يَصِيرُ بَانِيًا أَفعَالَ العُمرَةِ عَلى أَفعَالِ الحَجِّ، وَذَلِكَ خِلافُ المَشرُوعِ. وَلا يَصِيرُ رَافِضًا بِمُجَرَّدِ التَّوَجُّهِ هُوَ الصَّحِيحُ مِن مَذهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيضًا.

وَالفَرقُ لهُ بَينَهُ وَبَينَ مُصَلِّي الظُّهرَ يَومَ الجُمُعَةِ إذَا تَوَجَّهَ إليهَا أَنَّ الأَمرَ هُنَالِكَ بِالتَّوَجُّهِ مُتَوَجِّهٌ بَعدَ أَدَاءِ الظُّهرِ، وَالتَّوَجُّهُ فِي القِرَانِ وَالتَّمَتُّعِ مَنهِيٌّ عَنهُ قَبلَ أَدَاءِ العُمرَةِ فَافتَرَقَا. قَال (وَسَقَطَ عَنهُ دَمُ القِرَانِ) لأَنَّهُ لَمَّا ارتَفَضَت العُمرَةُ لم يَرتَفِق بِأَدَاءِ النُّسُكَينِ

(وَعَلَيهِ دَمٌ لِرَفضِ العُمرَةِ) بَعدَ الشُّرُوعِ فِيهَا (وَعَلَيهِ قَضَاؤُهَا) لِصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا فَأَشبَهَ المُحصَرَ، وَٱللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَذَلِكَ خلافُ المَشْرُوعِ) يَعْنِي أَنَّ المَشْرُوعَ أَنْ يَكُونَ **الوُقُوفُ مُرَتَّبًا عَلى أَفْعَالِ العُمْرَةِ**. وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِيرُ رَافِضًا للعُمْرَةِ بِالتَّوَجُّهِ إلى عَرَفَاتٍ قِيَاسًا عَلى التَّوَجُّهِ إلى الجُمُعَةِ.

وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ مِنْ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ بَيِّنٌ. وَوَجْهُ كَوْنِه مَنْهِيًّا عَنْهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالى أَمَرَ بِابْتِدَاءِ أَفْعَالِ العُمْرَةِ بِقَوْلِه تَعَالى: ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ وَالأَمْرُ بِالشَّيْءِ يَقْتَضِي كَرَاهَةَ ضِدِّه وَلا كَرَاهَةَ إلا بِالنَّهْيِ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَكُونُ رَافِضًا لِعُمْرَتِه بِنَاءً عَلى أَنَّ **طَوَافَ العُمْرَةِ يَدْخُلُ فِي طَوَافِ الحَجِّ** عِنْدَهُ فَلا يَلزَمُ عَلَيْهِ طَوَافٌ مَقْصُودٌ للعُمْرَةِ، وَالفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي وُجُوبِ الدَّمِ.

فَعِنْدَنَا يَسْقُطُ عَنْهُ دَمُ القِرَانِ الَّذِي هُوَ نُسُكٌ، وَيَلزَمُ عَلَيْهِ دَمٌ لِرَفْضِ العُمْرَةِ لأَنَّ رَفْعَ الإِحْرَامِ قَبْلَ أَدَاءِ الأَفْعَالِ يُوجِبُ ذَلِكَ كَمَا فِي الإِحْصَارِ، وَعِنْدَهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ دَمٌ وَيَقْضِيهَا لِصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب التمتع

(التَّمَتُّعُ أَفضَلُ مِنَ الإِفرَادِ عِندَنَا) وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الإِفرَادَ أَفضَلُ؛ لأَنَّ المُتَمَتِّعَ سَفَرُهُ وَاقِعٌ لِعُمرَتِهِ وَالمُفرِدَ سَفَرُهُ وَاقِعٌ لِحَجَّتِهِ. وَجهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ فِي التَّمَتُّعِ جَمعًا بَينَ العِبَادَتَينِ فَأَشبَهَ القِرَانَ ثُمَّ فِيهِ زِيَادَةُ نُسُكٍ وَهِيَ إِرَاقَةُ الدَّمِ وَسَفَرُهُ وَاقِعٌ لِحَجَّتِهِ، وَإِن تَخَلَّلَتِ العُمرَةُ؛ لأَنَّهَا تَبَعُ الحَجِّ كَتَخَلُّلِ السُّنَّةِ بَينَ الجُمُعَةِ وَالسَّعيِ إِلَيهَا.

الشرح:

(بَابُ التَّمَتُّعِ): وَجْهُ تَأْخِيرِه عَنْ بَابِ القِرَانِ قَدْ سَبَقَ هُنَاكَ فَلا نُعِيدُهُ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. قَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ: عَرَّفَ المُصَنِّفُ التَّمَتُّعَ بِقَوْلِه: (**وَمَعْنَى التَّمَتُّعِ التَّرَفُّقُ إلخْ**). وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ لِدُخُول مَنْ تَرَفَّقَ بِأَدَائِهِمَا وَالعُمْرَةُ فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الحَجِّ فِي

سَفَرٍ وَاحِدٍ، وَمَنْ تَرَفَّقَ بِهِ فِيهِ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ فِي عَامَيْنِ وَهُمَا لَيْسَا بِمُتَمَتِّعَيْنِ، فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ: هُوَ التَّرَفُّقُ بِأَدَاءِ النُّسُكَيْنِ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ فِي عَامٍ وَاحِدٍ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ إلخ. وَالجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ هُوَ تَفْسِيرُهُ، وَأَمَّا كَوْنُ التَّرَفُّقِ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ مِنْ عَامٍ وَاحِدٍ فَهُوَ شَرْطُهُ وَسَنَذْكُرُهُ.

وَالإِلْمَامُ هُوَ النُّزُولُ، يُقَالُ: أَلَمَّ بِأَهْلِهِ: إِذَا نَزَلَ، وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ: صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ. وَالأَوَّلُ عِبَارَةٌ عَنْ النُّزُولِ فِي وَطَنِهِ مِنْ غَيْرِ بَقَاءِ صِفَةِ الإِحْرَامِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَكُونُ فِي المُتَمَتِّعِ الَّذِي لَمْ يَسُقْ الهَدْيَ، وَالثَّانِي مَا يَكُونُ عَلَى خِلَافِهِ وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَنْ سَاقَهُ، فَقَوْلُهُ: إِلْمَامًا صَحِيحًا احْتِرَازٌ عَنْ الإِلْمَامِ الفَاسِدِ فَإِنَّهُ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّمَتُّعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ عَلَى مَا يَأْتِي.

(وَالمُتَمَتِّعُ عَلَى وَجهَينِ مُتَمَتِّعٌ بِسَوقِ الهَدي وَمُتَمَتِّعٌ لا يَسُوقُ الهَديَ) وَمَعنَى التَّمَتُّعِ التَّرَفُّقُ بِأَدَاءِ النُّسُكَينِ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ مِن غَيرِ أَن يُلِمَّ بِأَهلِهِ بَينَهُمَا إِلمَامًا صَحِيحًا، وَيَدخُلُهُ اختِلافَاتٌ نُبَيِّنُهَا إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَصِفَتُهُ أَن يَبتَدِئَ مِن المِيقَاتِ فِي أَشهُرِ الحَجِّ فَيُحرِمَ بِالعُمرَةِ وَيَدخُل مَكَّةَ فَيَطُوفَ لَهَا وَيَسعَى وَيَحلِقَ أَو يُقَصِّرَ وَقَد حَلَّ مِن عُمرَتِهِ).

وَهَذَا هُوَ تَفسِيرُ العُمرَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ أَن يُفرِدَ بِالعُمرَةِ فَعَلَ مَا ذَكَرنَا، هَكَذَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي عُمرَةِ القَضَاءِ. وَقَال مَالِكٌ: لا حَلقَ عَلَيهِ، إِنَّمَا العُمرَةُ الطَّوَافُ وَالسَّعيُ، وَحُجَّتُنَا عَلَيهِ مَا رَوَينَا. وَقَولُهُ تَعَالَى ﴿ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ ﴾ [الفتح: ٢٧]. نَزَلَت فِي عُمرَةِ القَضَاءِ؛ وَلأَنَّهَا لَمَّا كَانَ لَهَا تَحَرُّمٌ بِالتَّلبِيَةِ كَانَ لَهَا تَحَلُّلٌ بِالحَلقِ كَالحَجِّ.

(وَيَقطَعُ التَّلبِيَةَ إِذَا ابتَدَأَ بِالطَّوَافِ) وَقَال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلَّمَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى البَيتِ؛ لأَنَّ العُمرَةَ زِيَارَةُ البَيتِ وَتَتِمُّ بِهِ. وَلَنَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فِي عُمرَةِ القَضَاءِ قَطَعَ التَّلبِيَةَ حِينَ استَلَمَ الحَجَرَ» وَلأَنَّ المَقصُودَ هُوَ الطَّوَافُ فَيَقطَعُهَا عِندَ افتِتَاحِهِ، وَلِهَذَا يَقطَعُهَا الحَاجُّ عِندَ افتِتَاحِ الرَّميِ. قَال (وَيُقِيمُ بِمَكَّةَ حَلالا)؛ لأَنَّهُ حَلَّ مِن العُمرَةِ.

قَال (فَإِذَا كَانَ يَومَ التَّروِيَةِ أَحرَمَ بِالحَجِّ مِن المَسجِدِ) وَالشَّرطُ أَن يُحرِمَ مِن الحَرَمِ أَمَّا المَسجِدُ فَلَيسَ بِلازِمٍ؛ وَهَذَا لأَنَّهُ فِي مَعنَى المَكِّيِّ، وَمِيقَاتُ المَكِّيِّ فِي الحَجِّ الحَرَمُ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَفَعَل مَا يَفعَلُهُ الحَاجُّ المُفرِدُ)؛ لأَنَّهُ مُؤَدٍّ لِلحَجِّ إِلا أَنَّهُ يَرمُلُ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ

وَيَسعَى بَعدَهُ؛ لأنَّ هذَا أَوَّلُ طوَافٍ لهُ فِي الحجِّ، بخِلافِ المُفرِدِ؛ لأنَّهُ قَد سَعَى مَرَّةً، وَلو كَانَ هذَا المُتَمتِّعُ بَعدَمَا أَحرَمَ بِالحجِّ طَافَ وَسَعَى قَبل أَن يَرُوحَ إلى مِنًى لم يَرمُل فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَلا يَسعَى بَعدَهُ؛ لأنَّهُ قَد أَتَى بِذَلكَ مَرَّةً.

(وَعَلَيهِ دَمُ التَمَتُّعِ) للنَّصِّ الَّذِي تَلونَاهُ (فَإن لم يَجِد صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فِي الحَجِّ وَسَبعَةً إذَا رَجَعَ إلى أَهلِهِ) عَلَى الوَجهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فِي القِرَانِ (فَإن صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ مِن شَوَّالٍ ثُمَّ اعتَمَرَ لم يُجزِهِ عَن الثَّلاثَةِ)؛ لأنَّ سَبَبَ وُجُوبِ هذَا الصَّومِ التَّمَتُّعُ؛ لأنَّهُ بَدَلٌ عَن الهَديِ وَهُوَ فِي هَذِهِ الحَالَةِ غَيرُ مُتَمَتِّعٍ فَلا يَجُوزُ أَدَاؤُهُ قَبل وُجُودِ سَبَبِهِ (وَإن صَامَهَا) بِمَكَّةَ (بَعدَمَا أَحرَمَ بِالعُمرَةِ قَبل أَن يَطُوفَ جَازَ عِندَنَا) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لهُ قَوله تَعَالى ﴿ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ ﴾ وَلنَا أَنَّهُ أَدَّاهُ بَعدَ انعِقَاد سَبَبِهِ، وَالمُرَادُ بِالحَجِّ المَذكُورِ فِي النَّصِّ وَقتُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا. (وَالأفضَلُ تَأخِيرُهَا إلى آخِرِ وَقتِهَا وَهُوَ يَومُ عَرَفَةَ) لِمَا بَيَّنَّا فِي القِرَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَحْلقُ أَوْ يُقَصِّرُ) قَال شَيْخُ الإِسْلامِ فِي مَبْسُوطه: هَذَا التَّخْيِيرُ إنَّمَا كَانَ لهُ إذَا لَمْ يَكُنْ شَعْرُهُ مُلبَّدًا أَوْ مَعْقُوصًا أَوْ مُضَفَّرًا. وَأَمَّا إذَا كَانَ مُلبَّدًا فَإِنَّهُ لا يَتَخَيَّرُ؛ لأَنَّ التَّقْصِيرَ لا يَتَهَيَّأُ إلا بِالقَصِّ وَذَلكَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَعَيَّنُ الحَلقُ.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا هُوَ تَفْسِيرُ العُمْرَةِ) أَيْ: لَيْسَ لَهَا طَوَافُ القُدُومِ وَالصَّدْرِ؛ لأَنَّ مُعْظَمَ الرُّكْنِ فِيهَا هُوَ الطَّوَافُ، وَمَا هُوَ كَذَلكَ لا يَتَكَرَّرُ كَالوُقُوفِ فِي الحَجِّ. وَقَوْلُهُ: (وَتَتِمُّ بِهِ) أَيْ: تَتِمُّ زِيَارَةُ البَيْتِ بِوُقُوعِ البَصَرِ عَلَى البَيْتِ، وَلأَنَّ الطَّوَافَ رُكْنٌ فِي العُمْرَةِ كَطَوَافِ الزِّيَارَةِ فِي الحَجِّ، فَكَمَا تُقَدَّمُ قَطْعُ التَّلبِيَةِ هُنَاكَ عَلَى الاشْتِغَال بِالطَّوَافِ فَكَذَلكَ هَهنا، (وَلَنَا) حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فِي عُمْرَةِ القَضَاءِ قَطَعَ التَّلبِيَةَ حِينَ اسْتَلمَ الحَجَرَ الأَسْوَدَ».

وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الطَّوَافُ) بَيَانُهُ أَنَّ هَذَا الطَّوَافَ نُسُكٌ مَقْصُودٌ فِي هَذَا اليَوْمِ فَكَانَ كَالرَّمْيِ فِي كَوْنِه نُسُكًا مَقْصُودًا فِي ذَلكَ اليَوْمِ؛ فَكَمَا أَنَّ التَّلبِيَةَ تُقْطَعُ عِنْدَ افْتِتَاحِ الرَّمْيِ تُقْطَعُ عِنْدَ افْتِتَاحِ هَذَا الطَّوَافِ بِجَامِعِ أَنَّ كُلا مِنْهُمَا أَوَّلُ نُسُك مَقْصُودٍ فِي هَذَا اليَوْمِ. فَإِنْ قِيل: فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْطَعَ المُفْرِدُ بِالحَجِّ التَّلبِيَةَ إذَا ابْتَدَأَ بِطَوَافِ

القُدُومِ؛ لأَنَّهُ أَوَّلُ نُسُكٍ مَقْصُودٍ فِي هَذَا اليَوْمِ. فَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ مَقْصُودٌ؛ لأَنَّ المُرَادَ بِهِ مَا يَكُونُ وَاجِبًا، وَطَوَافُ القُدُومِ لَيْسَ كَذَلِكَ. سَلَّمْنَاهُ وَلَكِنْ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلى خِلافِ القِيَاسِ لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَرْدَفَ الفَضْلَ مِنْ مُزْدَلِفَةَ إِلى مِنًى، فَلَمْ يَزَلْ يُلَبِّي حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ العَقَبَةِ».

قَالَ: (وَيُقِيمُ بِمَكَّةَ حَلالا) المُتَمَتِّعُ إِذَا حَلَّ مِنْ عُمْرَتِهِ يُقِيمُ بِمَكَّةَ حَلالا، (فَإِذَا كَانَ يَوْمُ التَّرْوِيَةِ أَحْرَمَ بِالحَجِّ مِنْ المَسْجِدِ)، وَلَكِنْ لَيْسَ كُلُّ مَا ذَكَرْنَا شَرْطًا، فَلَوْ أَحْرَمَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ فَهُوَ أَفْضَلُ لأَنَّ فِيهِ إِظْهَارَ المُسَارَعَةِ وَالرَّغْبَةِ فِي العِبَادَةِ، وَلأَنَّهُ أَشَقُّ فَكَانَ أَفْضَلَ، وَكَذَا لَوْ **أَحْرَمَ مِنْ الحَرَمِ فِي غَيْرِ المَسْجِدِ** جَازَ لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا بَيَّنَّا) أَرَادَ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي آخِرِ فَصْلِ المَوَاقِيتِ بِقَوْلِهِ (وَمَنْ كَانَ بِمَكَّةَ فَوَقْتُهُ فِي الحَجِّ الحَرَمُ وَفِي العُمْرَةِ الحِلُّ).

وَقَوْلُهُ: (وَفَعَلَ مَا يَفْعَلُهُ الحَاجُّ المُفْرِدُ) يَعْنِي خَلا أَنَّهُ لا يَطُوفُ طَوَافَ التَّحِيَّةِ؛ لأَنَّهُ لَمَّا حَلَّ صَارَ هُوَ وَالمَكِّيُّ سَوَاءً وَلا تَحِيَّةَ لِلمَكِّيِّ. وَ (يَرْمُلُ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَيَسْعَى بَعْدَهُ؛ لأَنَّ هَذَا أَوَّلُ طَوَافٍ لَهُ فِي الحَجِّ).

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ هَذَا المُتَمَتِّعُ بَعْدَمَا أَحْرَمَ بِالحَجِّ طَافَ) يَعْنِي طَوَافَ القُدُومِ (وَسَعَى قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ إِلى مِنًى لَمْ يَرْمُلْ فِي طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَلا يَسْعَى بَعْدَهُ؛ لأَنَّهُ أَتَى بِذَلِكَ مَرَّةً) وَلا تَكْرَارَ فِيهِ، ثُمَّ الرَّمَلُ ههنا يَسْقُطُ سَوَاءٌ رَمَلَ فِي طَوَافِ التَّحِيَّةِ أَوْ لَمْ يَرْمُلْ وَلِهَذَا سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، فَلَمْ يَقُلْ: طَافَ وَرَمَلَ؛ لأَنَّ الرَّمَلَ إِنَّمَا شُرِعَ فِي طَوَافٍ بَعْدَهُ سَعْيٌ، وَلا سَعْيَ ههنا؛ لأَنَّهُ وُجِدَ مَرَّةً. وَفِي هَذَا الكَلامِ دَلالَةٌ عَلى أَنَّ طَوَافَ التَّحِيَّةِ مَشْرُوعٌ لِلتَّمَتُّعِ حَيْثُ اعْتُبِرَ رَمَلُهُ وَسَعْيُهُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَعَلَيْهِ دَمُ التَّمَتُّعِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ: لا يَجُوزُ صَوْمُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ حَتَّى يُحْرِمَ بِالحَجِّ لِقَوْلِهِ تَعَالى ﴿ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ ﴾ (وَلَنَا أَنَّهُ أَدَّاهُ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِهِ) وَهُوَ الإِحْرَامُ بِالعُمْرَةِ؛ لأَنَّهُ طَرِيقٌ يُتَوَسَّلُ بِهِ إِلى التَّمَتُّعِ، وَأَدَاءُ المُسَبَّبِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ جَائِزٌ. وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى مَا ذُكِرَ فِي القِرَانِ أَنَّ نَفْسَ الحَجِّ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا.

(وَإِن أَرَادَ المُتَمَتِّعُ أَن يَسُوقَ الهَدْيَ أَحرَمَ وَسَاقَ هَديَهُ) وَهَذَا أَفضَلُ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

سَاقَ الهَدَايَا مَعَ نَفسِهِ؛ وَلأَنَّ فِيهِ استِعدَادًا وَمُسَارَعَةً (فَإِن كَانَت بَدَنَةً قَلَّدَهَا بِمَزَادَةٍ أَو نَعلٍ) لِحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا عَلَى مَا رَوَينَاهُ. وَالتَّقلِيدُ أَولَى مِنَ التَّجلِيلِ؛ لأَنَّ لَهُ ذِكرًا فِي الكِتَابِ وَلأَنَّهُ لِلإِعلامِ وَالتَّجلِيلُ لِلزِّينَةِ، وَيُلَبِّي ثُمَّ يُقَلِّدُ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ مُحرِمًا بِتَقلِيدِ الهَديِ وَالتَّوَجُّهِ مَعَهُ عَلَى مَا سَبَقَ.

وَالأَولَى أَن يَعقِدَ الإِحرَامَ بِالتَّلبِيَةِ وَيَسُوقَ الهَديَ. وَهُوَ أَفضَلُ مِن أَن يَقُودَهَا لأَنَّهُ ﷺ أَحرَمَ بِذِي الحُلَيفَةِ وَهَدَايَاهُ تُسَاقُ بَينَ يَدَيهِ؛ وَلأَنَّهُ أَبلَغُ فِي التَّشهِيرِ إِلا إِذَا كَانَت لا تَنقَادُ فَحِينَئِذٍ يَقُودُهَا.

قَالَ (وَأَشعَرَ البَدَنَةَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَلا يُشعِرُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُكرَهُ) وَالإِشعَارُ هُوَ الإِدمَاءُ بِالجُرحِ لُغَةً (وَصِفَتُهُ أَن يَشُقَّ سَنَامَهَا) بِأَن يَطعَنَ فِي أَسفَلِ السَّنَامِ (مِنَ الجَانِبِ الأَيمَنِ أَو الأَيسَرِ) قَالُوا: وَالأَشبَهُ هُوَ الأَيسَرُ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَعَنَ فِي جَانِبِ اليَسَارِ مَقصُودًا وَفِي جَانِبِ الأَيمَنِ اتِّفَاقًا، وَيُلَطِّخُ سَنَامَهَا بِالدَّمِ إِعلامًا، وَهَذَا الصُّنعُ مَكرُوهٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِندَهُمَا حَسَنٌ، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ سُنَّةٌ؛ لأَنَّهُ مَروِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَعَنِ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم.

وَلَهُمَا أَنَّ المَقصُودَ مِنَ التَّقلِيدِ أَن لا يُهَاجَ إِذَا وَرَدَ مَاءً أَو كَلأً أَو يُرَدَّ إِذَا ضَلَّ وَإِنَّهُ فِي الإِشعَارِ أَتَمُّ؛ لأَنَّهُ أَلزَمُ، فَمِن هَذَا الوَجهِ يَكُونُ سُنَّةً، إِلا أَنَّهُ عَارَضَهُ جِهَةُ كَونِهِ مُثلَةً فَقُلنَا بِحُسنِهِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مُثلَةٌ وَأَنَّهُ مَنهِيٌّ عَنهُ. وَلَو وَقَعَ التَّعَارُضُ فَالتَّرجِيحُ لِلمُحرِمِ وَإِشعَارُ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ لِصِيَانَةِ الهَديِ؛ لأَنَّ المُشرِكِينَ لا يَمتَنِعُونَ عَن تَعَرُّضِهِ إِلا بِهِ. وَقِيلَ: إِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ كَرِهَ إِشعَارَ أَهلِ زَمَانِهِ لِمُبَالَغَتِهِم فِيهِ عَلَى وَجهٍ يَخَافُ مِنهُ السِّرَايَةَ، وَقِيلَ: إِنَّمَا كَرِهَ إِيثَارَهُ عَلَى التَّقلِيدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا أَفْضَلُ) يَعْنِي مِنْ مُتَمَتِّعٍ لَمْ يَسُقْ الهَدْيَ. وَقَوْلُهُ: (عَلَى مَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ: قَالتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «كُنْت أَفْتِلُ قَلائِدَ هَدْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ» وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ لَهُ ذِكْرًا فِي الكِتَابِ) يُرِيدُ قَوْلَه تَعَالَى ﴿ وَلَا ٱلْهَدْىَ وَلَا ٱلْقَلَٰٓئِدَ ﴾ [المائدة: ٢].

(وَيُلَبِّي ثُمَّ يُقَلِّدُ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ مُحْرِمًا بِالتَّقْلِيدِ وَالتَّوَجُّهِ مَعَهُ عَلَى مَا سَبَقَ) فِي فَصْلٍ قُبَيْلَ القِرَانِ، وَالشُّرُوعُ فِي الإِحْرَامِ بِالتَّلبِيَةِ أَوْلَى؛ لأَنَّهُ الأَصْلُ، وَالتَّقْلِيدُ يَقُومُ مَقَامَهُ،

وَالعَمَلُ بالأَصْل أَوْلى عِنْدَ الإمْكَان لا مَحَالةَ، ثُمَّ السَّوْقُ فِي الهَدْيِ أَفْضَل مِنْ القَوَدِ «لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ سيقَتْ هَدَايَاهُ إذْ أَحْرَمَ بذِي الحُلَيْفَة بَيْنَ يَدَيْه».

وَقَوْلُهُ: (قَالُوا وَالأَشْبَهُ) يَعْنِي إلى الصَّوَابِ فِي الرِّوَايَة (هُوَ الأَيْسَرُ) وَذَلكَ أَنَّ الهَدَايَا كَانَتْ مُقْبلةً إلى رَسُول اللَّه ﷺ وَكَانَ يَدْخُلُ بَيْنَ كُلِّ بَعِيرَيْنِ مِنْ قِبَل الرُّءُوسِ. وَكَانَ الرُّمْحُ بِيَمِينِهِ لا مَحَالةَ فَكَانَ يَقَعُ طَعْنُهُ عَادَةً أَوَّلا عَلى يَسَارِ البَعِيرِ، ثُمَّ كَانَ يَعْطِفُ عَنْ يَمِينِهِ وَيُشْعِرُ الآخَرَ مِنْ قِبَلِ يَمِينِ البَعِيرِ اتِّفَاقًا للأَوَّل لا قَصْدًا إلَيْه، فَصَارَ الأَمْرُ الأَصْليُّ أَحَقَّ بالاعْتبَارِ فِي الهَدْيِ إذَا كَانَ وَاحدًا.

وَقَوْلُهُ: (وَلَهُمَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ التَّقْلِيدِ أَنْ لا يُهَاجَ) أَيْ: لا يُنَفَّرُ وَلا يُطْرَدُ عَنْ المَاءِ وَالكَلإِ (أَوْ يُرَدَّ إذَا ضَلَّ، وَإِنَّهُ فِي الإشْعَارِ أَتَمُّ لأَنَّهُ أَلْزَمُ)؛ لأَنَّ القِلادَةَ قَدْ تَحِلُّ وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ مِنْهَا وَالإِشْعَارُ لا يُفَارِقُهَا.

(فَمِنْ هَذَا الوَجْه يَكُونُ سُنَّةً إلا أَنَّهُ عَارَضَهُ جِهَةُ كَوْنه مُثْلَةً) وَالمُثْلَةُ هِيَ أَنْ يَصْنَعَ بِالحَيَوَانِ مَا يَصِيرُ بِهِ مُثْلا، وَقِيل هِيَ إيلامُ مَا وَجَبَ قَتْلُهُ أَوْ أُبِيحَ قَتْلُهُ (فَقُلْنَا بِحُسْنِه. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ) أَيْ: الإشْعَارَ (مُثْلَةٌ وَإِنَّهُ) أَيْ: فِعْلُ المُثْلة (مَنْهِيٌّ عَنْهُ. وَلَوْ وَقَعَ التَّعَارُضُ) بَيْنَ كَوْنِه سُنَّةً وَبَيْنَ كَوْنِه مُثْلَةً (فَالتَّرْجِيحُ للمُحَرِّمِ) فَإِنْ قِيل: النَّهْيُ عَنْ المُثْلة كَانَ بِأُحُدٍ وَالإِشْعَارُ عَامَ حَجَّة الوَدَاعِ وَالمُتَأَخِّرُ نَاسِخٌ فَأَيْنَ التَّعَارُضُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ رَوَى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَا قَامَ خَطِيبًا إلا نَهَانَا عَنْ المُثْلة»، فَكَانَ الإِشْعَارُ مَنْسُوخًا فَلا أَقَلَّ مِنْ التَّعَارُضِ وَالتَّرْجِيحِ للمُحَرِّمِ للاحْتِيَاطِ أَوْ للاحْتِرَازِ عَنْ تَكْرَارِ النَّسْخِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِشْعَارُ النَّبِيِّ ﷺ) جَوَابٌ عَمَّا قَال الشَّافِعِيُّ إنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لَوْ اسْتَقْبَلت مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْت**» أَيْ: لوْ عَلِمْت أَوَّلا مَا عَلِمْت آخِرًا (لَمَا سُقْت الهَدْيَ)، وَقِصَّةُ ذَلكَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ أَصْحَابَهُ بِأَنْ يَفْسَخُوا إحْرَامَ الحَجِّ وَيُحْرِمُوا بالعُمْرَةِ لَمَّا بَلَغُوا مَكَّةَ تَحْقِيقًا لمُخَالفَةِ الكَفَرَةِ، وَكَانُوا لا يَفْسَخُونَ وَلا يَحْلِقُونَ يَنْتَظِرُونَ رَسُول اللَّه ﷺ هَل يَحْلِقُ أَوْ لا؟ فَاعْتَذَرَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَقَال: **لَوْ اسْتَقْبَلت**» إلخْ، وَبَيَّنَ فِيهِ أَنَّ سَوْقَ الهَدْيِ يَمْنَعُهُ عَنْ التَّحَلُّل وَلوْلا ذَلكَ لتَحَلَّل.

قال: (فإذا دخل مكة طاف وسعى) وهذا للعمرة على ما بيّنّا في متمتّع لا يسوق الهدي (إلا أنّه لا يتحلّلُ حتّى يُحرمَ بالحجّ يوم التروية) لقوله ﷺ «لو استقبلتُ من أمري ما استدبرتُ ما سُقتُ الهدي ولجعلتُها عُمرةً وتحلّلتُ منها»(١) وهذا ينفي التحلّل عند سوق الهدي (ويُحرمُ بالحجّ يوم التروية) كما يُحرمُ أهلُ مكة على ما بيّنّا.

(وإن قدّمَ الإحرامَ قبلهُ جازَ، وما عجّل المتمتّعُ من الإحرامِ بالحجّ فهو أفضلُ) لما فيه من المسارعة وزيادة المشقّة، وهذه الأفضليّة في حقّ من ساقَ الهدي وفي حقّ من لم يسُق (وعليه دمٌ) وهو دمُ المتمتّعِ على ما بيّنّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيُحْرِمُ بالحَجِّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى مَا قَال وَعَلَيْه دَمُ التَّمتُّعِ للنَّصِّ الَّذي تَلوْنَا: يَعْني قَوْله تَعَالى ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ [البقرة: ١٩٦].

(وإذا حلقَ يومَ النّحرِ فقد حلّ من الإحرامين)؛ لأنّ الحلقَ مُحلّلٌ في الحجّ كالسّلام في الصّلاة فيتحلّلُ به عنهما.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا حَلقَ يَوْمَ النَّحْرِ فَقَدْ حَلَّ مِنْ الإحْرَامَيْنِ) يَعْني إحْرَامَ العُمْرَة وَإِحْرَامَ الحَجِّ. فَإِنْ قِيل: التَّحلُّلُ مِنْهُمَا يَقْتَضِي قِيَامَ كُلٍّ مِنْهُمَا عِنْدَ الحَلق، وَلوْ كَانَ إِحْرَامُ العُمْرَة بَاقيًا عِنْدَهُ لزِمَ القَارِنَ دَمَان إِذَا جَنَى بِقَتْلِ الصَّيْد قَبْل الحَلقِ بَعْدَ الوُقُوف بعَرَفَة وَلَيْسَ كَذَلكَ بَل عَلَيْه دَمٌ وَاحِدٌ، وَلوْ كَانَ الإحْرَامُ بَاقيًا لزِمَ قِيمَتَان كَمَا قَبْل الوُقُوف.

أُجِيبَ بِأَنَّ إِحْرَامَ العُمْرَة بَاقٍ للتَّحَلُّل لا غَيْر؛ لأَنَّ التَّحَلُّل لا يُتَصَوَّرُ بِدُونه، وَأَمَّا بِالنِّسْبَة إلى مَا عَدَاهُ فَلَيْسَ بِبَاقٍ؛ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالى جَعَل غَايَةَ إِحْرَامِ العُمْرَة الحَجَّ، وَالمَضْرُوبُ لهُ الغَايَةُ لا يَبْقَى بَعْدَ وُجُودِهَا إلا لضَرُورَة وَهِيَ بِالنِّسْبَة إلى التَّحَلُّل لا غَيْرَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ لَمْ تَقَعْ الجِنَايَةُ عَلى إِحْرَامِ العُمْرَة فَلا يَجِبُ لأَجْله شَيْءٌ كَإِحْرَامِ المُفْرِد بِالحَجِّ بَعْدَ الحَلقِ فَإِنَّهُ لا يَبْقَى فِي حَقِّ سَائِرِ المَحْظُورَاتِ وَيَبْقَى فِي حَقِّ الجِمَاعِ ضَرُورَةَ طَوَاف الزِّيَارَة.

قال: (وليس لأهل مكة تمتّعٌ ولا قرانٌ، وإنّما لهم الإفرادُ خاصّةً) خلافًا للشّافعيّ

---

(١) أخرجه البخاري في الحج باب ٨١، ومسلم في الحج حديث (٢١١، ٢١٢).

رَحِمَهُ اللَّهُ وَالحُجَّةُ عليهِ قوله تعَالى ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ [البقرة: ١٩٦]؛ **ولأنَّ شرعهُمَا للتَّرفُّهِ بإسقاطِ إحدَى السَّفرَتَينِ وهَذَا في حَقِّ الآفاقِي، ومَن كَانَ دَاخِل الميقَاتِ فهُوَ بمنزلةِ المَكِّيِّ حتَّى لا يكُونَ لهُ مُتعةٌ ولا قِرانٌ، بخِلافِ المَكِّيِّ إذَا خرَجَ إلى الكُوفةِ وقرَنَ حيثُ يَصِحُّ؛ لأنَّ عُمرتَهُ وحَجَّتَهُ ميقَاتِيَّتَانِ فصَارَ بمَنزِلةِ الآفاقِيِّ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (**وَلَيْسَ لأَهْلِ مَكَّةَ تَمَتُّعٌ وَلا قِرَانٌ**) اعْلَمْ أَنَّ أَهْلَ مَكَّةَ وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ لا تَمَتُّعَ لَهُمْ وَلا قِرَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِه، وَإِمَامُهُمْ فِي ذَلكَ عَلِيٌّ وَعَبْدُ اللَّه بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّه بْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَلوْ تَمَتَّعُوا جَازَ وَأَسَاءُوا وَلزِمَهُمْ دَمُ الجَبْرِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَهُمْ التَّمَتُّعُ وَالقِرَانُ وَلكِنْ لا دَمَ عَلَيْهِمْ، وَاسْتَدَلَّ عَلى ذَلكَ بقَوْله تَعَالى ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ فَإِنَّهُ بِإِطْلاقِه لا يَفْصِلُ بَيْنَ الآفَاقِيِّ وَغَيْرِه. فَإِنْ قِيل: ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُن ﴾ إشَارَةٌ إلى التَّمَتُّعِ المَفْهُومِ مِنْ تَمَتَّعَ وَهُوَ يَقْتَضِي أَنْ لا يَكُونَ لأَهْلِ حَاضِرِي المَسْجِد الحَرَامِ تَمَتُّعٌ.

أَجَابَ الشَّافِعِيُّ بأَنَّ ذَلكَ إشَارَةٌ إلى الهَدْيِ المَعْلُومِ مِنْ قَوْله تَعَالى ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ وَلأَجْل هَذَا قُلت: إنَّهُ لا دَمَ عَلَيْهِمْ. وَلنَا قَوْله تَعَالى ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾، وَوَجْهُهُ أَنَّ مَوْضُوعَ ذَلكَ فِي كَلامِ العَرَبِ البَعيد وَالقُرْآنُ نَزَل عَلى لسَانِهِمْ، وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ الهَدْيِ قَرِيبٌ لا يَصْلُحُ ذَلكَ حَقيقَةً لهُ، وَالتَّمَتُّعُ المَفْهُومُ مِنْ تَمَتَّعَ بَعيدٌ يَصْلُحُ لذَلكَ فَيُصَارُ إليْهِ؛ لأَنَّ العَمَل إذَا أَمْكَنَ بالحَقيقَة لا يُصَارُ إلى المَجَازِ بالاتِّفَاق فَتَكُونُ الآيَةُ حُجَّةً عَليْه.

فَإِنْ قِيل: فَمَا الجَوَابُ عَنْ اسْتدْلاله بإطْلاقه؟ قُلت: لا إطْلاقَ ثَمَّةَ بَل كَلمَةُ مَنْ عَامَّةٌ خُصَّتْ بقَوْله ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾.

وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ شَرْعَهُمَا) دَليلٌ مَعْقُولٌ لنَا، وَتَقْرِيرُ شَرْعِ المُتْعَة وَالقِرَان لأَجْل التَّرَفُّه (بإِسْقَاطِ إحْدَى السَّفْرَتَيْنِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالتَّرَفُّهُ بذَلكَ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ؛ لأَنَّ غَيْرَهُ لا يُشَقُّ عَليْه هَذَا السَّفَرُ لقُرْبِه حَتَّى يُتْرِفَهُ. وَاعْتُرِضَ بوَجْهَيْنِ: أَحَدهمَا أَنَّ النَّصَّ إنْ كَانَ يَقْتَضِي مَا ذَكَرْتُمْ عَلى مَا زَعَمْتُمْ لكِنَّ تَخْصِيصَ الشَّيْءِ بالذِّكْرِ لا يَدُلُّ عَلى النَّفْيِ عَمَّا

عَدَاهُ. وَالثَّانِي أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَعَ القِرَانَ وَالْمُتْعَةَ إِبَانَةً لِنَسْخِ مَا كَانَ عَلَيْهِ أَهْلُ الجَاهِلِيَّةِ مِنْ تَحْرِيمِهِمْ العُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ، وَالنَّسْخُ يَثْبُتُ فِي حَقِّ النَّاسِ كَافَّةً، وَرُجُوعُ الإِشَارَةِ إِلى مَا ذَكَرْتُمْ يُنَافِي ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ تَخْصِيصَ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ كَمَا أَنَّهُ لا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ لا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِهِ لَهُ أَيْضًا، وَالأَصْلُ فِيهِ العَدَمُ فَيَبْقَى إِلى أَنْ يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى خِلافِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ النَّسْخَ ثَابِتٌ عِنْدَنَا فِي حَقِّ المَكِّيِّ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ جَازَ بِلا كَرَاهَةٍ، وَلَكِنْ لا يُدْرِكُ فَضِيلَةَ التَّمَتُّعِ؛ لأَنَّ الإِلْمَامَ قَطَعَ مُتْعَتَهُ كَمَا قَطَعَ مُتْعَةَ الآفَاقِيِّ إِذَا رَجَعَ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ إِلى أَهْلِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى بُطْلانِ المُتْعَةِ لا عَلَى عَدَمِ إِدْرَاكِ الفَضِيلَةِ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: لأَنَّ مُتْعَتَهُ نَقَصَتْ عَنْ مُتْعَةِ الآفَاقِيِّ بِصَيْرُورَةِ دَمِهِ دَمَ جَبْرٍ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المَكِّيِّ حَتَّى لا يَكُونَ لَهُ مُتْعَةٌ وَلا قِرَانٌ) هَذَا رَاجِعٌ إِلى تَفْسِيرِ ﴿ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ فَعِنْدَنَا هُمْ أَهْلُ مَكَّةَ، وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ سَوَاءٌ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَّةَ مَسِيرَةُ سَفَرٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: هُمْ أَهْلُ مَكَّةَ وَمَنْ حَوْلَهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَّةَ مَسِيرَةُ سَفَرٍ، كَذَا فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الإِسْلامِ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلافِ المَكِّيِّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: (**وَلَيْسَ لأَهْلِ مَكَّةَ تَمَتُّعٌ وَلا قِرَانٌ**): يَعْنِي لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ، بِخِلافِ مَا (إِذَا خَرَجَ إِلى الكُوفَةِ وَقَرَنَ حَيْثُ يَصِحُّ) بِلا كَرَاهَةٍ (لأَنَّ عُمْرَتَهُ وَحَجَّتَهُ مِيقَاتِيَّتَانِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الآفَاقِيِّ) قَالَ المَحْبُوبِيُّ: هَذَا إِذَا خَرَجَ إِلى الكُوفَةِ قَبْلَ أَشْهُرِ الحَجِّ، وَأَمَّا إِذَا خَرَجَ بَعْدَهَا فَقَدْ مَنَعَ مِنْ القِرَانِ فَلا يَتَغَيَّرُ بِخُرُوجِهِ مِنْ المِيقَاتِ. وَإِنَّمَا خُصَّ القِرَانُ بِالذِّكْرِ لأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ المَكِّيُّ إِلى الكُوفَةِ وَاعْتَمَرَ لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا عَلَى مَا نَذْكُرُهُ.

(وَإِذَا عَادَ المُتَمَتِّعُ إِلى بَلَدِهِ بَعْدَ فَرَاغِهِ مِن العُمرَةِ وَلَم يَكُن سَاقَ الهَديَ بَطَلَ تَمَتُّعُهُ)؛ لأَنَّهُ أَلَمَّ بِأَهلِهِ فِيمَا بَينَ النُّسُكَينِ إِلمَامًا صَحِيحًا وَبِذَلِكَ يَبطُلُ التَّمَتُّعُ، كَذَا رُوِيَ عَن عِدَّةٍ مِن التَّابِعِينَ، وَإِذَا سَاقَ الهَديَ فَإِلمَامُهُ لا يَكُونُ صَحِيحًا وَلا يَبطُلُ تَمَتُّعُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: رَحِمَهُ اللَّهُ يَبطُلُ؛ لأَنَّهُ أَدَّاهُمَا بِسَفرَتَينِ.

وَلَهُمَا أَنَّ العودَ مُستحَقٌّ عليهِ ما دامَ على نِيَّةِ التَّمَتُّعِ؛ لأنَّ السَّوقَ يَمنَعُهُ مِن التَّحلُّل فَلم يَصِحَّ إلمامُهُ، بِخِلافِ المَكِّيِّ إذا خَرَجَ إلى الكُوفةِ وأحرمَ بِعُمرةٍ وَسَاقَ الهَديَ حَيثُ لم يَكُن مُتَمَتِّعًا؛ لأنَّ العودَ هُنَاكَ غيرُ مُستَحَقٍّ عليهِ فَصَحَّ إلمامُهُ بِأهلِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِذَا عَادَ الْمُتَمَتِّعُ إلَى بَلَده بَعْدَ فَرَاغه مِنْ الْعُمْرَة وَلَمْ يَكُنْ سَاقَ الْهَدْيَ بَطَل تَمَتُّعُهُ) بِاتِّفَاق أَصْحَابِنَا (لِأَنَّهُ أَلَمَّ بِأَهْله فِيمَا بَيْنَ النُّسُكَيْنِ إلْمَامًا صَحِيحًا)، وَقَدْ تَقَدَّمَ تَفْسِيرُهُ، (وَبِذَلِكَ يَبْطُلُ التَّمَتُّعُ كَذَا رُوِيَ عَنْ) ابْنِ عَبَّاسٍ وَ (عِدَّة مِنْ التَّابِعِينَ)، وَهَذَا لِأَنَّ حَدَّ التَّمَتُّعِ لَيْسَ بِصَادِق عَلَيْه حَيْثُ أَنْشَأَ لِكُلِّ نُسُك سَفَرًا مِنْ أَهْله، وَالْمُتَمَتِّعُ مَنْ يَتَرَفَّقُ بِأَدَاءِ النُّسُكَيْنِ فِي سَفْرَة وَاحِدَة (وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ فَإِلْمَامُهُ لَا يَكُونُ صَحِيحًا) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَاب وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلَاف الْمَكِّيِّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْله: (وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ فَإِلْمَامُهُ لَا يَكُونُ صَحِيحًا): يَعْنِي الْآفَاقِيَّ إذَا فَعَل ذَلِكَ لَا يَكُونُ إلْمَامُهُ صَحِيحًا بِخِلَاف الْمَكِّيِّ (إذَا خَرَجَ إلَى الْكُوفَة وَأَحْرَمَ بِعُمْرَة وَسَاقَ الْهَدْيَ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا؛ لِأَنَّ الْعَوْدَ هُنَاكَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْه)؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَوْد هُوَ مَا يَكُونُ عَنْ الْوَطَنِ إلَى الْحَرَمِ أَوْ إلَى مَكَّةَ وَلَيْسَ ههنا بِمَوْجُود لِكَوْنه فِي الْحَرَمِ أَوْ فِي مَكَّةَ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْعَوْدُ، وَإِذَا سَاقَ الْهَدْيَ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا فَلِأَنْ لَا يَكُونَ إذَا لَمْ يَسُقْ كَانَ أَوْلَى.

(وَمَن أحرَمَ بِعُمرةٍ قَبل أشهُرِ الحجِّ فَطَافَ لهَا أَقَلَّ مِن أربَعَةِ أَشوَاطٍ ثُمَّ دَخَلت أشهُرُ الحجِّ فتَمَّمهَا وَأحرمَ بِالحجِّ كَانَ مُتَمَتِّعًا)؛ لأنَّ الإحرامَ عِندَنا شَرطٌ فيَصِحُّ تَقدِيمُهُ عَلى أشهُرِ الحجِّ. وَإنَّمَا يُعتَبَرُ أداءُ الأفعَال فِيهَا، وَقَد وُجِدَ الأكثَرُ وَللأكثَرِ حُكمُ الكُلِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَحْرَمَ بِعُمْرَة قَبْل أَشْهُرِ الْحَجِّ) فِيه ثَلَاثَةُ مَذَاهِبَ: ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إلَى أَنَّهُ إذَا أَحْرَمَ بِالْعُمْرَة قَبْل أَشْهُرِ الْحَجِّ لَا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا وَإِنْ أَدَّى الْأَعْمَال فِيهَا. وَقَال مَالكٌ: هُوَ مُتَمَتِّعٌ وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ فِيهَا إذَا كَانَ التَّحَلُّلُ عَنْ إحْرَامِ الْعُمْرَة فِيهَا. وَقُلْنَا: إنْ أَدَّى أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ فِيهَا كَانَ مُتَمَتِّعًا وَإِلَّا فَلَا.

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ إنَّهُ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ لتَقَدُّمِ رُكْنِ العُمْرَةِ عَلَيْهَا وَهُوَ الإِحْرَامُ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالكٍ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَوْجُودٌ باعْتبَارِ الإِتْمَامِ وَهُوَ التَّحَلُّلُ فِيهَا، وَلنَا مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ الإِحْرَامَ شَرْطٌ فَجَازَ تَقْدِيمُهُ كَتَقْدِيمِ الطَّهَارَةِ عَلَى وَقْتِ الصَّلاة، وَالاعْتبَارُ بأَدَاءِ الأَفْعَال فِيهَا (وَقَدْ وُجدَ الأَكْثَرُ وَللأَكْثَرِ حُكْمُ الكُلِّ). قِيلَ: إذَا لَمْ يُعَارِضْهُ نَصٌّ فَإِنَّ ثَلاثَ رَكَعَاتٍ مِنْ الظُّهْرِ لَيْسَ لَهَا حُكْمُ الكُل لمُعَارَضَةِ النَّصِّ النَّاطقِ برُبَاعيَّة الظُّهْرِ.

(وإِن طَافَ لعُمرَتِهِ قَبل أَشهُرِ الحَجِّ أَربعَةَ أَشوَاطٍ فصَاعِدًا ثُمَّ حَجَّ مِن عَامِهِ ذَلكَ لم يَكُن مُتَمَتِّعًا)؛ لأَنَّهُ أَدَّى الأَكثَرَ قَبل أَشهُرِ الحَجِّ، وهَذَا؛ لأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ لا يَفسُدُ نُسُكُهُ بِالجِمَاعِ فَصَارَ كَمَا إذَا تَحَلَّل مِنهَا قَبل أَشهُرِ الحَجِّ. وَمَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعتَبِرُ الإِتمَامَ فِي أَشهُرِ الحَجِّ وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا ذَكَرنَا؛ وَلأَنَّ التَّرَفُّقَ بِأَدَاءِ الأَفعَال، وَالمُتَمَتِّعُ مُتَرَفِّقٌ بِأَدَاءِ النُّسُكَينِ فِي سَفرَةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَشهُرِ الحَجِّ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (فَإِنْ **طَافَ لعُمْرَته قَبْل أَشْهُرِ الحَجِّ**) ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ. قَوْلُهُ: (وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا، وَأَرَادَ بالنُّسُك العُمْرَةَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ نُسُكَ العُمْرَة يَفْسُدُ إذَا جَامَعَ بَعْدَ مَا طَافَ ثَلاثَةَ أَشْوَاط وَلَمْ يَفْسُدْ بَعْدَ مَا طَافَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاط، فَإِنْ طَافَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاط قَبْلَ أَشْهُرِ الحَجِّ صَارَ بحَيْثُ لا يَفْسُدُ نُسُكُهُ بالجمَاع فَصَارَ كَأَنَّهُ تَحَلَّل قَبْل أَشْهُرِ الحَجِّ، وَلوْ تَحَلَّل قَبْلهَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا فَكَذَا هَذَا، وَعَلى هَذَا يَكُونُ هَذَا المَذْكُورُ حُجَّةً عَلى مَالك؛ لأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الإِتْمَامَ وَهَذَا فِي حُكْمِ الإِتْمَامِ فِي حَقِّ عَدَمِ الفَسَادِ فَكَذَا فِي حَقِّ كَوْنه غَيْرَ مُتَمَتِّع.

(وَلأَنَّ التَّرَفُّقَ) إنَّمَا يَكُونُ (بأَدَاءِ الأَفْعَال، وَالمُتَمَتِّعُ هُوَ المُتَرَفِّقُ بأَدَاءِ النُّسُكَيْنِ فِي سَفْرَة وَاحِدَة فِي أَشْهُرِ الحَجِّ) فَلا بُدَّ أَنْ تُوجَدَ الأَفْعَالُ كُلُّهَا أَوْ أَكْثَرُهَا فِيه حَتَّى يَكُونَ مُتَمَتِّعًا. وَالجَوَابُ عَنْ الشَّافِعِيِّ يُفْهَمُ مِنْ هَذَا؛ لأَنَّ الإِحْرَامَ لَيْسَ مِنْ أَفْعَال العُمْرَة بَل هُوَ مِنْ الشُّرُوط.

قَال (: وَأَشهُرُ الحَجِّ شَوَّالٌ وَذُو القَعدَةِ وَعَشرٌ مِن ذِي الحِجَّةِ) كَذَا رُوِيَ عَن العَبَادِلَةِ الثَّلاثَةِ وَعَبدِ اللَّهِ بنِ الزُّبَيرِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُم اجمعين وَلأَنَّ الحَجَّ يَفُوتُ

بِمُضِيِّ عَشرِ ذِي الحِجَّةِ، وَمَعَ بَقَاءِ الوَقتِ لا يَتَحَقَّقُ الفَوَاتُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلى أنَّ المُرَادَ مِن قَوله تَعَالى ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَـٰتٌ ﴾ [البقرة: ١٩٧] شَهرَانِ وَبَعضُ الثَّالثِ لا كُلُّهُ.

الشرح:

(قَالَ: وَأَشْهُرُ الحَجِّ: **شَوَّالٌ وَذُو القَعْدَةِ وَعَشْرٌ مِنْ ذي الحِجَّةِ**) لَمَا ذُكِرَ أَنَّ المُتَمَتِّعَ هُوَ الَّذي يَتَرَفَّقُ بِأَدَاءِ النُّسُكَيْنِ فِي سَفْرَةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ احْتَاجَ إلى أَنْ يُبَيِّنَ الأَشْهُرَ فَقَالَ: أَشْهُرُ الحَجِّ شَوَّالٌ وَذُو القَعْدَةِ وَعَشْرٌ مِنْ ذي الحِجَّة. فَإِنْ قُلت: هَل لِلْمُتَمَتِّعِ اخْتِصَاصٌ بِذَلِكَ أَوْ القَارِنُ أَيْضًا لا بُدَّ لَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ. قُلت: قَال صَاحِبُ «النِّهَايَة»: وَجَدْت رِوَايَةً فِي المُحِيط أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ لِصِحَّة القِرَانِ ذَلكَ. قَال فِي «المُنْتَقى»: رَجُلٌ جَمَعَ بَيْنَ حَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ: أَيْ أَحْرَمَ ثُمَّ قَدِمَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَته فِي شَهْرِ رَمَضَانَ كَانَ قَارِنًا وَلكِنْ لا هَدْيَ عَلَيْه.

قَوْلُهُ: (كَذَا رُوِيَ عَنْ العَبَادِلة الثَّلاثَة وَعَبْد اللَّه بْنِ الزُّبَيْر)، إِنَّمَا فَصَلَ عَبْدَ اللَّه بْنَ الزُّبَيْرِ عَنْ العَبَادِلة وَهْم عَبْدُ اللَّه بْنُ مَسْعُود وَعَبْدُ اللَّه بْنُ عُمَرَ وَعَبْدُ اللَّه بْنُ عَبَّاسٍ؛ لأَنَّهُ مَا كَانَ يُفْهَمُ فِي عُرْفِهِمْ مِنْ إِطْلاق العَبَادِلة إلا هَؤُلاء الثَّلاثَة، وَأَمَّا فِي عُرْف المُحَدِّثِينَ فَالعَبَادِلةُ: عَبْدُ اللَّه بْنُ عَبَّاسٍ، وَعَبْدُ اللَّه بْنُ عُمَرَ، وَعَبْدُ اللَّه بْنُ عَمْرٍو، وَعَبْدُ اللَّه بْنُ الزُّبَيْر، وَلَيْسَ عَبْدُ اللَّه بْنُ مَسْعُود مِنْهُمْ؛ لأَنَّهُ كَانَ تَقَدَّمَ مَوْتُهُ.

(وَلأَنَّ الحَجَّ يَفُوتُ بِمُضِيِّ عَشْرِ ذي الحِجَّة وَمَعَ بَقَاءِ الوَقْت لا يَتَحَقَّقُ الفَوَاتُ) وَفِي هَذَا إِشَارَةٌ إِلى نَفْيِ قَوْل مَالكٍ إنَّ وَقْتَ الحَجِّ جَمِيعُ الأَشْهُرِ الثَّلاثَة، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ اسْتِدْلالا بِقَوْله تَعَالى ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَـٰتٌ ﴾، وَأَقَلُّ الجَمْعِ المُتَّفَقِ عَلَيْه ثَلاثَةٌ.

وَفَائِدَةُ ذَلكَ إِنَّمَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ جَوَازِ تَأْخِيرِ طَوَاف الزِّيَارَة إلى آخرِ ذي الحِجَّة. فَإِنْ قُلت: الحَجُّ يَفُوتُ بِمُضِيِّ عَشْرِ لَيَالٍ وَتِسْعَة أَيَّامٍ فَلا يَكُونُ اليَوْمُ العَاشِرُ وَهُوَ يَوْمُ النَّحْرِ مِنْ وَقْت الحَجِّ. قُلت: هُوَ مُتَمَسَّكُ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَة، وَلكِنَّا نَقُولُ: فَوَاتُ الحَجِّ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ؛ لأَنَّ الوُقُوفَ وَهُوَ الرُّكْنُ الأَعْظَمُ مُوَقَّتٌ بِوَقْتٍ مَخْصُوصٍ يَفُوتُ بِفَوَاته لا لأَنَّهُ خَرَجَ وَقْتُ الحَجِّ؛ أَلا تَرَى أَنَّ طَوَافَ الزِّيَارَة مَخْصُوصٌ بِيَوْمِ النَّحْرِ لا يَجُوزُ قَبْلَهُ وَهُوَ رُكْنٌ وَالرُّكْنُ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي

غَيْرِ وَقْتِه.

وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: إنْ اعْتَبَرْتُمْ الفَوَاتَ يَلزَمُ أَنْ لا يَكُونَ يَوْمُ النَّحْرِ مِنْ وَقْتِ الحَجِّ، وَإِنْ اعْتَبَرْتُمْ أَدَاءَ الأَرْكَانِ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ اليَوْمُ الثَّانِي وَالثَّالثُ مِنْ وَقْتِ الحَجِّ؛ لأَنَّ طَوَافَ الزِّيَارَةِ يَجُوزُ فِيهِمَا، وَحِينَئذٍ جَازَ أَنْ يَكُونَ ذُو الحِجَّة إلى آخرِه مِنْ وَقْتِ الحجِّ كَمَا قَال مَالكٌ.

وَالحَقُّ أَنْ يُقَال: المُعَوَّلُ فِي ذَلكَ مَا نُقل عَنْ العَبَادلة وَغَيْرِهِمْ مِنْ الصَّحَابَة وَالتَّابعينَ أَنَّ أَشْهُرَ الحَجِّ: شَوَّالٌ وَذُو القَعْدَة وَعَشْرٌ مِنْ ذي الحِجَّة، وَفِيه نَظَرٌ؛ لأَنَّ المَنْقُول عَنْهُمْ وَعَشْرٌ مِنْ ذِي الحِجَّة بِالتَّذْكِيرِ وَهُوَ اللَّيَالي فَلا يَكُونُ حُجَّةً فِي دُخُول يَوْمِ النَّحْرِ فِي وَقْت الحَجِّ.

وَالجَوَابُ أَنَّ ذِكْرَ أَحَدِ العَدَدَيْنِ مِنْ اللَّيَالي وَالأَيَّامِ بِلفْظِ الجَمْعِ يَقْتَضِي دُخُول مَا بِإِزَائِه مِنْ العَدَدِ الآخَرِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الاعْتِكَاف. فَإنْ قِيل: سَلَّمْنَا ذَلكَ لكنْ مَا وَجْهُ دُخُول شَوَّال وَذي القَعْدَة فِي وَقْته وَأَدَاءُ الحَجِّ لا يَصحُّ فِيهِمَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَ أَفْعَاله يَصحُّ فِيهِمَا؛ أَلا تَرَى أَنَّ الآفَاقِيَّ إذَا قَدمَ مَكَّةَ فِي شَوَّالٍ وَطَافَ طَوَافَ القُدُومِ وَسَعَى بَعْدَهُ فَإِنَّ هَذَا السَّعْيَ يَكُونُ السَّعْيَ الوَاجبَ فِي الحَجِّ، فَإِنَّهُ لا يَجِبُ إلا مَرَّةً وَاحِدَةً، وَلوْ فَعَل ذَلكَ فِي رَمَضَانَ لَمْ يُجزِه عَنْ السَّعْيِ الوَاجبِ فِي الحَجِّ.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) أَيْ: مَا رُوِيَ عَنْ العَبَادلة وَمَا ذَكَرْنا مِنْ المَعْقُول (يَدُلُّ عَلى أَنَّ المُرَادَ مِنْ قَوْله تَعَالى ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَـٰتٌ ﴾ شَهْرَان وَبَعْضُ الشَّهْرِ الثَّالث لا كُلُّهُ) وَلَمْ يَذْكُرْ كَيْفيَّةَ الدَّلالةِ عَلى ذَلكَ. وَمِنْ الشَّارِحينَ مَنْ قَال: لفْظُ أَشْهُرٍ عَامٌّ فَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ مِنْهُ بَعْضٌ وَليْسَ شَيْءٌ؛ لأَنَّ مَا يَنْتَهِي إليْه الخُصُوصُ إذَا كَانَ العَامُّ جَمْعًا الثَّلاثَة، وَلأَنَّ الخُصُوصَ إِنَّمَا يَكُونُ بِإِخْرَاجِ بَعْضِ أَفْرَاد العَامِّ لا بِإِخْرَاجِ بَعْضِ كُلِّ فَرْد. وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: اسْمُ الجَمْعِ يَشْتَرِكُ فِيه مَا وَرَاءَ الوَاحِد بِدَليل قَوْله تَعَالى ﴿ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾ [التحريم: ٤] فَإِنَّ المُرَادَ بِالجَمْعِ التَّثْنِيَةُ. وَرُدَّ بِأَنَّ ذَلكَ عِنْدَ عَدَمِ الإلبَاسِ كَمَا فِي هَذَا المثَال وَمَا نَحْنُ فِيه مُلبسٌ.

وَأَقُولُ: هُوَ مِنْ بَاب ذِكْرِ الكُلِّ وَإِرَادَة الجُزْء. فَإنْ قُلت: فَيَكُونُ مَجَازًا فَلا بُدَّ لَهُ مِنْ قَرِينَةٍ. قُلت: سِيَاقُ الكَلامِ لأَنَّهُ قَال ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ ﴾ وَالحَجُّ نَفْسُهُ لَيسَ بِأَشْهُرٍ،

فَكَانَ تَقْدِيرُهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: الحَجُّ فِي أَشْهُرٍ، وَالظَّرْفُ لا يَسْتَلزِمُ الاسْتِغْرَاقَ فَكَانَ البَعْضُ مُرَادًا. وَعَيْنُهُ مَا رُوِيَ عَنْ العَبَادِلَةِ وَغَيْرِهِمْ.

(فَإِن قَدَّمَ الإِحرَامَ بِالحَجِّ عَلَيهَا جَازَ إِحرَامُهُ وَانعَقَدَ حَجًّا) خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ عِندَهُ يَصِيرُ مُحرِمًا بِالعُمرَةِ؛ لأَنَّهُ رُكنٌ عِندَهُ وَهُوَ شَرطٌ عِندَنَا فَأَشبَهَ الطَّهَارَةَ فِي جَوَازِ التَّقدِيمِ عَلَى الوَقتِ؛ وَلأَنَّ الإِحرَامَ تَحرِيمُ أَشيَاءَ وَإِيجَابُ أَشيَاءَ، وَذَلِكَ يَصِحُّ فِي كُلِّ زَمَانٍ فَصَارَ كَالتَّقدِيمِ عَلَى المَكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَدمَ الإِحْرَامُ عَلَيْهَا) أَيْ: **عَلَى أَشْهُرِ الحَجِّ**. (جَازَ إِحْرَامُهُ) عِنْدَنَا (وَانْعَقَدَ حَجًّا خلافًا للشَّافعيِّ، فَإِنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُحْرِمًا بالعُمْرَة؛ لأَنَّهُ رُكْنٌ عِنْدَهُ) فَلا يَتحَقَّقُ قَبْل أَوَانه. فَإِنْ قِيل: المَذْكُورُ فِي الكتَاب يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ لا يَقعُ عَنْ الحَجِّ وَالْمُدَّعي وُقُوعَهُ إحْرَامًا للعُمْرَة. فَالجَوَابُ أَنَّ الإِحْرَامَ إِذَا وُجِدَ وَلَمْ يَصْلُحْ أَنْ يَكُونَ للحَجِّ يَنْصَرِفُ إلى مَا يَصْلُحُ لهُ حَذَرًا عَنْ الإِلغَاءِ كَمَنْ نَوَى صَوْمَ القَضَاءِ مِنْ النَّهَارِ فَإِنَّهُ يَكُونُ شَارِعًا فِي النَّفْل.

(وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَنَا فَأَشْبَهَ الطَّهَارَةَ فِي جَوَازِ التَّقْدِيمِ عَلَى الوَقْتِ) فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا كُرِهَ قَبْل أَشْهُرِ الحَجِّ لكِنَّهُ مَكْرُوهٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ الكَرَاهَةَ لَيْسَتْ للتَّقْدِيمِ عَلَى الوَقْتِ بَل لئَلا يَقَعَ فِي المَحْظُورِ بِطُول الزَّمَانِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ الإِحْرَامَ تَحْرِيمُ أَشْيَاءَ) أَيْ: يَسْتَلزِمُهُ كَتَحْرِيمِ قَتْل الصَّيْدِ وَلُبْسِ المَخِيطِ وَحَلقِ الرَّأْسِ وَنَحْوِ ذَلكَ، (وَإِيجَابُ أَشْيَاءَ) كَالسَّعْيِ وَالرَّمْيِ وَأَمْثَالهمَا، (وَذَلكَ يَصِحُّ فِي كُلِّ زَمَانٍ فَصَارَ كَالتَّقْدِيمِ عَلى المَكَانِ) يَعْنِي المِيقَاتَ. لا يُقَالُ: هَذَا كُلُّهُ تَعْليلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ، وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «**المُهِلُّ بِالحَجِّ فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الحَجِّ مُهِلٌّ بِالعُمْرَةِ**» وَفِي ذَلكَ دَلالَةٌ عَلى أَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ تَقْدِيمُهُ. لأَنَّا نَقُولُ: هَذَا الحَدِيثُ شَاذٌّ جدًّا فَلا يُعْتَمَدُ عَلى مِثْله

قَال (وَإِذَا قَدِمَ الكُوفِيُّ بِعُمرَةٍ فِي أَشهُرِ الحَجِّ، وَفَرَغَ مِنهَا وَحَلَقَ أَو قَصَّرَ ثُمَّ اتَّخَذَ مَكَّةَ أَو البَصرَةَ دَارًا وَحَجَّ مِن عَامِهِ ذَلِكَ فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهُ تَرَفَّقَ بِنُسُكَينِ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ فِي أَشهُرِ الحَجِّ. وَأَمَّا الثَّانِي فَقِيل هُوَ بِالاتِّفَاقِ. وَقِيل هُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ

رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِندَهُمَا لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا؛ لأَنَّ الْمُتَمَتِّعَ مَن تَكُونُ عُمرَتُهُ مِيقَاتِيَّةً وَحَجَّتُهُ مَكِّيَّةً وَنُسُكَاهُ هَذَانِ مِيقَاتِيَّانِ.

وَلَهُ أَنَّ السَّفرَةَ الأُولى قَائِمَةٌ مَا لم يَعُد إلى وَطَنِهِ، وَقَد اجتَمَعَ لهُ نُسُكَانِ فِيهَا فَوَجَبَ دَمُ التَّمَتُّعِ (فَإِن قَدِمَ بِعُمرَةٍ فَأَفسَدَهَا وَفَرَغَ مِنهَا وَقَصَّرَ ثُمَّ اتَّخَذَ البَصرَةَ دَارًا ثُمَّ اعتَمَرَ فِي أَشهُرِ الحَجِّ وَحَجَّ مِن عَامِهِ لم يَكُن مُتَمَتِّعًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: هُوَ مُتَمَتِّعٌ)؛ لأَنَّهُ إنشَاءُ سَفَرٍ وَقَد تَرَفَّقَ فِيهِ بِنُسُكَينِ. وَلهُ أَنَّهُ بَاقٍ عَلى سَفَرِهِ مَا لم يَرجِع إلى وَطَنِهِ.

(فَإِن كَانَ رَجَعَ إلى أَهلِهِ ثُمَّ اعتَمَرَ فِي أَشهُرِ الحَجِّ، وَحَجَّ مِن عَامِهِ يَكُونُ مُتَمَتِّعًا فِي قَولِهِم جَمِيعًا)؛ لأَنَّ هَذَا إنشَاءُ سَفَرٍ لانتِهَاءِ السَّفَرِ الأَوَّلِ، وَقَد اجتَمَعَ لهُ نُسُكَانِ صَحِيحَانِ فِيهِ، وَلو بَقِيَ بِمَكَّةَ وَلَم يَخرُج إلى البَصرَةِ حَتَّى اعتَمَرَ فِي أَشهُرِ الحَجِّ وَحَجَّ مِن عَامِهِ لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّ عُمرَتَهُ مَكِّيَّةٌ وَالسَّفَرُ الأَوَّلُ انتَهَى بِالعُمرَةِ الفَاسِدَةِ وَلا تَمَتُّعَ لأَهلِ مَكَّةَ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا قَدِمَ **الكُوفِيُّ بِعُمْرَةٍ**) هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

الأَوَّلُ هُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ بِقَوْلِهِ (ثُمَّ اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا) يَعْنِي أَقَامَ بِهَا بَعْدَ مَا فَرَغَ مِنْ العُمْرَةِ وَحَلَقَ ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ وَهُوَ فِي هَذَا الوَجْهِ مُتَمَتِّعٌ.

وَالثَّانِي مَا ذَكَرَهُ ثَانِيًا بِقَوْلِهِ (أَوْ البَصْرَةَ دَارًا وَحَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ) وَقَالَ: وَهُوَ مُتَمَتِّعٌ وَهُوَ يَنْصَرِفُ إِلَى الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلافًا.

وَالثَّالِثُ هُوَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ مَكَّةَ وَلا يَتَجَاوَزُ المِيقَاتَ حَتَّى يَحُجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ، وَفِيهِ أَيْضًا مُتَمَتِّعٌ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ؛ لأَنَّ حُكْمَهُ يُعْلَمُ مِنْ الوَجْهِ الأَوَّلِ.

وَالرَّابِعُ هُوَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ مَكَّةَ وَيَتَجَاوَزَ المِيقَاتَ وَعَادَ إِلَى أَهْلِهِ ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ، وَفِي هَذَا الوَجْهِ لَيْسَ بِمُتَمَتِّعٍ لأَنَّهُ أَلَمَّ بِأَهْلِهِ إِلْمَامًا صَحِيحًا وَمِثْلُهُ لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا وَلَمْ يَذْكُرْهُ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا مِمَّا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا الأَوَّلُ) أَيْ: الوَجْهُ الأَوَّلُ وَإِنَّمَا صَارَ فِيهِ مُتَمَتِّعًا (لأَنَّهُ تَرَفَّقَ بِنُسُكَيْنِ فِي سَفَرٍ وَاحِدٍ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ) مِنْ غَيْرِ أَنْ يُلِمَّ بِأَهْلِهِ إِلْمَامًا صَحِيحًا وَمِثْلُهُ مُتَمَتِّعٌ.

(وَأَمَّا الثَّانِي فَقِيل هُوَ بالاتِّفَاق) ذَكَرَ الجَصَّاصُ أَنَّهُ لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا عَلى قَوْل الكُلِّ، ذَكَرَهُ فِي المُحِيط، وَقَوْلُ المُصَنِّف مُلبسٌ لأَنَّهُ قَال فَقِيل هُوَ بالاتِّفَاق وَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي كَوْنِه مُتَمَتِّعًا وَفِي كَوْنِه لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا. وَالثَّانِي هُوَ المُرَادُ عَلى مَا ذَكَرَهُ الجَصَّاصُ.

وَرَوَى الحَاكِمُ الشَّهِيدُ عَنْ أَبِي عِصْمَةَ سَعْد بْنِ مُعَاذ أَنَّ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب: يَعْنِي الجَامِعَ الصَّغِيرَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلى قَوْلِهِمَا لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا، وَهَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ؛ لأَنَّ المُتَمَتِّعَ مَنْ تَكُونُ عُمْرَتُهُ مِيقَاتِيَّةً وَحَجَّتُهُ مَكِّيَّةً، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلكَ؛ لأَنَّ نُسُكَيْه مِيقَاتِيَّانِ لأَنَّهُ بَعْدَمَا جَاوَزَ المِيقَاتَ حَلالا وَعَادَ يَلزَمُهُ الإِحْرَامُ مِنْ المِيقَات فَكَانَ كَالمُلمِّ بِأَهْله.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ السَّفْرَةَ الأُولى قَائِمَةٌ مَا لَمْ يَعُدْ إلى أَهْله فَكَانَ بِمَنْزِلة مَنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ المِيقَات حَتَّى عَادَ وَحَجَّ. وَالحَاصِلُ أَنَّ الأَصْل عِنْدَهُ أَنَّهُ مَا لَمْ يَصِل إلى أَهْله فَهُوَ بِمَنْزِلة مَنْ لَمْ يُجَاوِزْ المِيقَاتَ.

وَعِنْدَهُمَا أَنَّ مَنْ خَرَجَ مِنْ المِيقَات بِمَنْزِلة مَنْ وَصَل إلى أَهْله، وَإِنَّمَا قَال: (فَوَجَبَ دَمُ التَّمَتُّعِ) وَلَمْ يَقُل: فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ؛ لأَنَّ فَائِدَةَ الخِلاف تَظْهَرُ فِي حَقِّ وُجُوب الدَّم، فَقَال: (وَجَبَ دَمُ التَّمَتُّعِ) وَهُوَ دَمُ قُرْبَة لِكَوْنِه دَمَ شُكْرٍ؛ وَلِهَذَا حَلَّ لهُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ فَيُصَارُ إلى إِيجَابِه بِاعْتِبَار هَذه الشُّبْهَة احْتِيَاطًا.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَدمَ بِعُمْرَة) أَيْ: بِإِحْرَامِ عُمْرَة (**فَأَفْسَدَهَا**) **بِأَنْ جَامَعَ امْرَأَتَهُ قَبْل أَعْمَال العُمْرَة** (**وَفَرَغَ مِنْهَا**) **يَعْنِي مَضَى** (**وَقَصَّرَ**) **وَتَحَلَّل** (**ثُمَّ اتَّخَذَ البَصْرَةَ دَارًا ثُمَّ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الحَجِّ**) أَيْ: قَضَى العُمْرَةَ الَّتِي أَفْسَدَهَا، (وَحَجَّ مِنْ عَامه ذَلكَ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يَعْنِي إذَا كَانَ خُرُوجُهُ إلى البَصْرَة فِي أَشْهُر الحَجِّ.

وَأَمَّا إذَا خَرَجَ قَبْل أَشْهُرِ الحَجِّ وَاعْتَمَرَ وَحَجَّ مِنْ عَامه ذَلكَ فَإِنَّهُ يَكُونُ مُتَمَتِّعًا بلا خِلاف، كَذَا فِي «النِّهَايَة» نَاقلا عَنْ «مَبْسُوط» شَيْخِ الإِسْلامِ «وَالفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة». وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ مُتَمَتِّعٌ، وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب.

(وَمَن اعتَمَرَ فِي أَشهُرِ الحَجِّ وَحَجَّ مِن عَامِهِ فَأَيُّهُمَا أَفسَدَ مَضَى فِيهِ)؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُهُ الخُرُوجَ عَن عُهدَةِ الإِحرَامِ إلا بِالأَفعَال (وَسَقَطَ دَمُ المُتعَةِ)؛ لأَنَّهُ لم يَتَرَفَّق بِأَدَاءِ

نُسُكَينِ صَحِيحَينِ فِي سَفرَةٍ وَاحِدَةٍ

(وَإِذَا تَمَتَّعَت المَرَأةُ فَضَحَّت بِشَاةٍ لم يُجزِهَا عَن المُتعَةِ)؛ لأَنَّهَا أَتَت بِغَيرِ الوَاجِبِ، وَكَذَا الجوَابُ فِي الرَّجُل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا **تَمَتَّعَتْ المَرْأَةُ فَضَحَّتْ بِشَاة** لَمْ يُجْزِهَا عَنْ المُتْعَة لأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ الوَاجِب عَلَيْهَا) إِذْ الوَاجِبُ عَلَيْهَا دَمُ المُتْعَة، وَالأُضْحِيَّةُ لَيْسَتْ بِوَاجِبَة، وَلئِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً بِأَنْ اشْتَرَتْ بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّة فَذَلِكَ وَاجِبٌ آخَرُ عَلَيْهَا غَيْرَ مَا وَجَبَ بِالتَّمَتُّعِ، (وَكَذَلِكَ الجَوَابُ فِي الرَّجُل) وَإِنَّمَا خُصَّتْ المَرْأَةُ؛ لأَنَّ السَّائِلَةَ كَانَتْ امْرَأَةً فَوَضَعَتْ المَسْأَلَةَ عَلَى مَا وَقَعَ وَإِمَّا؛ لأَنَّ الغَالِبَ مِنْ حَالِهِنَّ الجَهْلُ وَنِيَّةُ التَّضْحِيَةِ فِي هَدْيِ المُتْعَة لا تَكُونُ إلا عَنْ جَهْلٍ. ثُمَّ لَمَّا لَمْ يُجْزِهَا عَنْ دَمِ المُتْعَةِ كَانَ عَلَيْهَا دَمَانِ سِوَى مَا ذَبَحَتْ: دَمُ المُتْعَةِ الَّذِي كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهَا، وَدَمٌ آخَرُ لأَنَّهَا قَدْ حَلَّتْ قَبْلَ الذَّبْحِ

(وَإِذَا حَاضَت المَرَأةُ عِندَ الإِحرَامِ اغتَسَلَت وَأَحرَمَت وَصَنَعَت كَمَا يَصنَعُهُ الحَاجُّ غَيرَ أَنَّهَا لا تَطُوفُ بِالبَيتِ حَتَّى تَطهُرَ) لحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا حِينَ حَاضَت بِسَرِفٍ وَلأَنَّ الطَّوَافَ فِي المَسجِدِ وَالوُقُوفَ فِي المَفَازَةِ، وَهَذَا الاغتِسَالُ للإِحرَامِ لا للصَّلاةِ فَيَكُونُ مُفِيدًا.

الشرح:

(وَإِذَا **حَاضَتْ المَرْأَةُ عِنْدَ الإِحْرَامِ** اغْتَسَلتْ وَأَحْرَمَتْ وَصَنَعَتْ كَمَا يَصْنَعُهُ الحَاجُّ غَيْرَ أَنَّهَا لا تَطُوفُ بِالبَيْت حَتَّى تَطْهُرَ لحَدِيث عَائِشَةَ حِينَ حَاضَتْ بِسَرِف) وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وَهِيَ تَبْكِي فَقَالَ: **مَا يُبْكِيك لعَلَّك نَفِسْت**؟ فَقَالتْ: نَعَمْ، فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **هَذَا شَيْءٌ كَتَبَهُ اللَّهُ عَلى بَنَات آدَمَ، دَعِي عَنْك العُمْرَةَ**، أَوْ قَال: **ارْفُضِي عُمْرَتَك وَانْقُضِي رَأْسَك وَامْتَشِطِي وَاصْنَعِي جَمِيعَ مَا يَصْنَعُ الحَاجُّ، غَيْرَ أَنْ لا تَطُوفِي بِالبَيْتِ**» وَالاسْتِدْلالُ إِنَّمَا هُوَ بِقَوْله: وَاصْنَعِي جَمِيعَ مَا يَصْنَعُ الحَاجُّ، وَليْسَ فِيه مَا يَدُلُّ عَلى الاغْتِسَال.

وَلكِنْ فِيمَا رَوَى أَبو دَاوُد فِي السُّنَنِ بِإِسْنَاده إلى عَائِشَةَ قَالتْ: نَفِسَتْ أَسْمَاءُ بِنْتُ عُمَيْسٍ بِمُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَبَا بَكْرٍ فَأَمَرَهَا أَنْ تَغْتَسِل وَتُهِلَّ» دَليلٌ

عَلى ذَلكَ؛ (وَلأَنَّ الطَّوَافَ فِي المَسْجِدِ) وَالحَائِضُ مَنْهِيَّةٌ عَنْ دُخُولِه، (وَالوُقُوفَ فِي المَفَازَةِ) وَلَيْسَتْ بِمَنْهِيَّة عَنْهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لا فَائِدَةَ فِي هَذَا الاغْتِسَال.

(فَإِن حَاضَت بَعدَ الوُقُوفِ وَطَوَافِ الزِّيَارَةِ انصَرَفَت مِن مَكَّةَ وَلا شَيءَ عَليهَا لطَوَافِ الصَّدرِ) «لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَخَّصَ للنِّسَاءِ الحُيَّضِ فِي تَركِ طَوَافِ الصَّدرِ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلا شَيْءَ عَلَيْهَا لطَوَاف الصَّدْرِ) أَيْ: لتَرْكِ طَوَاف الصَّدْرِ؛ «لأَنَّهُ ﷺ رَخَّصَ للنِّسَاءِ الحُيَّضِ فِي تَرْك طَوَاف الصَّدْرِ»، رَوَتْ عَائشَةُ:«أَنَّ صَفيَّةَ بنْتَ حُيَيٍّ حَاضَتْ، فَقَال النَّبيُّ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **عَقْرَى حَلقَى إِنَّك لحَابسَتُنَا، أَمَا كُنْت طُفْت يَوْمَ النَّحْرِ؟** قَالتْ: بَلى، قَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **فَلا بَأْسَ انْفرِي**» فَلمَّا ثَبَتَتْ **الرُّخْصَةُ للحَائضِ وَالنُّفَسَاءِ فِي تَرْك طَوَاف الصَّدْرِ** لَمْ يَجبْ بتَرْكه شَيْءٌ؛ لأَنَّ الأَصْل أَنَّ كُلَّ نُسُك جَازَ تَرْكُهُ بعُذْرٍ لا يَجبُ بتَرْكه كَفَّارَةٌ، وَعَقْرَى وَحَلقَى عِنْدَ المُحَدِّثينَ فَعْلى، وَمَعْنَاهُ: عَقَرَ جَسَدُهَا وَأَصَابَهَا فِي حَلقهَا وَجَعٌ.

(وَمَن اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا فَليسَ عَليهِ طَوَافُ الصَّدرِ)؛ لأَنَّهُ عَلى مَن يُصدَرُ إلا إذَا اتَّخَذَهَا دَارًا بَعدَ مَا حَلَّ النَّفرُ الأَوَّلُ فِيمَا يُروَى عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَروِيهِ البَعضُ عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأَنَّهُ وَجَبَ عَليهِ بِدُخُول وَقتِهِ فَلا يَسقُطُ بِنِيَّةِ الإِقَامَةِ بَعدَ ذَلكَ، وَاللَّهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (بَعْدَ مَا حَلَّ النَّفْرُ الأَوَّلُ) يَعْني اليَوْمَ الثَّالثَ منْ أَيَّام النَّحْرِ (لأَنَّهُ وَجَبَ بدُخُول وَقْته فَلا يَسْقُطُ بنيَّته الإِقَامَةَ بَعْدَ ذَلكَ) كَمَنْ أَصْبَحَ وَهُوَ مُقيمٌ فِي رَمَضَانَ ثُمَّ سَافَرَ لا يَحلُّ لهُ أَنْ يُفْطرَ. فَأَمَّا إذَا اتَّخَذَ مَكَّةَ دَارًا قَبْل أَنْ يَحلَّ النَّفْرُ الأَوَّلُ فَلا يَجبُ عَلَيْه طَوَافُ الصَّدْرِ لأَنَّهُ صَارَ كَمُقيمٍ سَافَرَ قَبْل أَنْ يُصْبحَ فَإِنَّهُ يُبَاحُ لهُ الإِفْطَارُ.

وَعَلى قَوْل أَبي يُوسُفَ يَسْقُطُ عَنْهُ طَوَافُ الصَّدْرِ إلا أَنْ يَكُونَ عَزَمَ عَلى الإِقَامَة

بَعْدَ مَا افْتَتَحَ الطَّوَافَ؛ لأَنَّ وَقْتَ الطَّوَافِ بَاقٍ بَعْدَ مَا حَلَّ النَّفْرُ الأَوَّلُ، وَمَا بَقِيَ الوَقْتُ لا يَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ فَيَسْقُطُ بِالعَارِضِ المُعْتَبَرِ كَالمَرْأَةِ الَّتِي حَاضَتْ فِي وَقْتِ الصَّلاةِ يَلزَمُهَا قَضَاءُ تِلكَ الصَّلاةِ.

باب الجنايات

(وَإِذَا تَطَيَّبَ المُحرِمُ فَعَلَيهِ الكَفَّارَةُ فَإِن طَيَّبَ عُضوًا كَامِلا فَمَا زَادَ فَعَلَيهِ دَمٌ) وَذَلكَ مِثلُ الرَّأسِ وَالسَّاقِ وَالفَخِذِ وَمَا أَشبَهَ ذَلكَ؛ لأَنَّ الجِنَايَةَ تَتَكَامَلُ بِتَكَامُلِ الارتِفَاقِ، وَذَلكَ فِي العُضوِ الكَامِلِ فَيَتَرَتَّبُ عَليهِ كَمَالُ المُوجِبِ (وَإِن طَيَّبَ أَقَلَّ مِن عُضوٍ فَعَلَيهِ الصَّدَقَةُ)؛ لقُصُورِ الجِنَايَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ بِقَدرِهِ مِن الدَّمِ اعتِبَارًا للجُزءِ بِالكُلِّ. وَفِي المُنتَقَى أَنَّهُ إذَا طَيَّبَ رُبُعَ العُضوِ فَعَلَيهِ دَمٌ اعتِبَارًا بِالحَلقِ، وَنَحنُ نَذكُرُ الفَرقَ بَينَهُمَا مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ.

ثُمَّ وَاجِبُ الدَّمِ يَتَأَدَّى بِالشَّاةِ فِي جَمِيعِ المَوَاضِعِ إلا فِي مَوضِعَينِ نَذكُرُهُمَا فِي بَابِ الهَديِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى. وَكُلُّ صَدَقَةٍ فِي الإِحرَامِ غَيرُ مُقَدَّرَةٍ فَهِيَ نِصفُ صَاعٍ مِن بُرٍّ إلا مَا يَجِبُ بِقَتلِ القَملَةِ وَالجَرَادَةِ، هَكَذَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى.

الشرح:

(**بَابُ الجِنَايَاتِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ المُحْرِمِينَ بَدَأَ بِمَا يَعْتَرِيهِمْ مِنْ العَوَارِضِ مِنْ الجِنَايَاتِ وَالإِحْصَارِ وَالفَوَاتِ، وَهِيَ جَمْعُ جِنَايَةٍ، وَالجِنَايَةُ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ شَرْعًا سَوَاءٌ حَلَّ بِمَالٍ أَوْ نَفْسٍ، وَلكِنَّهُمْ أَعْنِي الفُقَهَاءَ خَصُّوهَا بِالفِعْلِ فِي النُّفُوسِ وَالأَطْرَافِ.

فَأَمَّا الفِعْلُ فِي المَالِ فَسَمَّوْهُ غَصْبًا، وَالمُرَادُ ههنا فِعْلٌ لَيْسَ لِلمُحْرِمِ أَنْ يَفْعَلَهُ، وَإِنَّمَا جَمَعَ بَيَانَ أَنَّهَا ههنا أَنْوَاعٌ قَوْلُهُ: (وَإِذَا **تَطَيَّبَ المُحْرِمُ**) التَّطَيُّبُ عِبَارَةٌ عَنْ لُصُوقِ عَيْنٍ لهُ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ بِبَدَنِ المُحْرِمِ أَوْ بِعُضْوٍ مِنْهُ، فَلوْ شَمَّ طِيبًا وَلَمْ يَلتَصِقْ بِبَدَنِهِ مِنْ عَيْنِهِ شَيْءٌ لَمْ يَجِبْ عَليْهِ شَيْءٌ.

ذَكَرَ أَوَّلا أَنَّ تَطَيُّبَ المُحْرِمِ يُوجِبُ الكَفَّارَةَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**الحَاجُّ الشَّعِثُ التَّفِلُ**» وَالتَّطَيُّبُ يُزِيلُ هَذِهِ الصِّفَةَ كَانَ جِنَايَةً لكِنَّهَا تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ مَحَلِّ الجِنَايَةِ، فَفَصَّلَ ذَلكَ بِقَوْلِهِ: (فَإِنْ **طَيَّبَ عُضْوًا كَامِلا** فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ دَمٌ) وَقَوْلُهُ: (فَمَا زَادَ) فُصِّلَ فِي البَيْنِ. وَقَوْلُهُ: (وَذَلكَ مِثْلُ الرَّأْسِ) ظَاهِرٌ.

وَالفَاصِلُ فِي الارْتِفَاقِ بَيْنَ الكَامِلِ وَالقَاصِرِ العَادَةُ، فَإِنَّ العَادَةَ فِي اسْتِعْمَالِ الطِّيبِ لِقَضَاءِ التَّفَثِ عُضْوٌ كَامِلٌ فَتَتِمُّ بِهِ الجِنَايَةُ وَفِيمَا دُونَهُ فِي جِنَايَتِهِ نُقْصَانٌ فَتَكْفِيهِ الصَّدَقَةُ. وَقَوْلُهُ: (وَنَحْنُ نَذْكُرُ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا) هُوَ قَوْلُهُ: وَلَنَا أَنَّ حَلقَ بَعْضِ الرَّأْسِ ارْتِفَاقٌ كَامِلٌ إلخ، وَقَوْلُهُ (إلا فِي مَوْضِعَيْنِ) يَعْنِي إِذَا طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا، وَإِذَا جَامَعَ بَعْدَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ. وَقَوْلُهُ: (إلا مَا يَجِبُ بِقَتْلِ القَمْلَةِ وَالجَرَادَةِ) يَعْنِي أَنَّ التَّصَدُّقَ فِيهِمَا غَيْرُ مُقَدَّرٍ بِنِصْفِ صَاعٍ بَل يَتَصَدَّقُ بِمَا شَاءَ.

قَال (فَإِن خَضَبَ رَأسَهُ بِحِنَّاءٍ فَعَلَيهِ دَمٌ)؛ لأَنَّهُ طِيبٌ. قَال ﷺ: «الحِنَّاءُ طِيبٌ»[1] وَإِن صَارَ مُلَبَّدًا فَعَلَيهِ دَمَانِ دَمٌ لِلتَّطَيُّبِ وَدَمٌ لِلتَّغطِيَةِ. وَلو خَضَّبَ رَأسَهُ بِالوَسمَةِ لا شَيءَ عَلَيهِ؛ لأَنَّهَا لَيسَت بِطِيبٍ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا خَضَّبَ رَأسَهُ بِالوَسمَةِ؛ لأَجلِ المُعَالجَةِ مِن الصُّدَاعِ فَعَلَيهِ الجَزَاءُ بِاعتِبَارِ أَنَّهُ يُغَلِّفُ رَأسَهُ وَهَذَا صَحِيحٌ. ثُمَّ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصلِ رَأسَهُ وَلِحيَتَهُ، وَاقتَصَرَ عَلَى ذِكرِ الرَّأسِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ دَلَّ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَضمُونٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**الحِنَّاءُ طِيبٌ**» قَالَهُ حِينَ نَهَى المُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالحِنَّاءِ، (وَإِنْ صَارَ مُلَبَّدًا) **بِأَنْ كَانَ الحِنَّاءُ جَامِدًا غَيْرَ مَائِعٍ** (فَعَلَيْهِ دَمَانِ: دَمٌ لِلتَّطَيُّبِ، وَدَمٌ لِلتَّغْطِيَةِ) يَعْنِي إِذَا **غَطَّاهُ يَوْمًا إِلَى اللَّيْلِ**، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ، وَكَذَا إِذَا غَطَّى رُبْعَ الرَّأْسِ، أَمَّا إِذَا كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ. وَقَوْلُهُ: (بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يُغَلِّفُ رَأْسَهُ) أَيْ: يُغَطِّيهِ، وَالوَسِمَةُ بِكَسْرِ السِّينِ وَهُوَ أَفْصَحُ وَسُكُونِهَا: شَجَرَةٌ وَرَقُهَا خِضَابٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا) أَيْ: تَأْوِيلُ أَبِي يُوسُفَ بِالتَّغْلِيفِ (صَحِيحٌ)؛ لأَنَّ تَغْطِيَةَ الرَّأْسِ تُوجِبُ الجَزَاءَ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ) يَعْنِي فِي مَسْأَلَةِ الحِنَّاءِ (رَأْسَهُ وَلِحْيَتَهُ وَاقْتَصَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى ذِكْرِ الرَّأْسِ) خَاصَّةً وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى (أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ).

---

(١) أخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج، والطبراني في الكبير (٤/٢١٨).

(فَإِن ادَّهَنَ بِزَيتٍ فَعَلَيهِ دَمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: عَلَيهِ الصَّدَقَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا استَعمَلَهُ فِي الشَّعرِ فَعَلَيهِ دَمٌ لإِزَالَةِ الشَّعَثِ، وَإِن استَعمَلَهُ فِي غَيرِهِ فَلا شَيءَ عَلَيهِ لانعِدَامِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِن الأَطعِمَةِ إِلا أَنَّ فِيهِ ارتِفَاقًا بِمَعنَى قَتلِ الهَوَامِّ وَإِزَالَةِ الشَّعَثِ فَكَانَت جِنَايَةً قَاصِرَةً.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَصلُ الطِّيبِ، وَلا يَخلُو عَن نَوعِ طِيبٍ، وَيَقتُلُ الهَوَامَّ وَيُلَيِّنُ الشَّعرَ وَيُزِيلُ التَّفَثَ وَالشَّعَثَ فَتَتَكَامَلُ الجِنَايَةُ بِهَذِهِ الجُملَةِ فَتُوجِبُ الدَّمَ، وَكَونُهُ مَطعُومًا لا يُنَافِيهِ كَالزَّعفَرَانِ، وَهَذَا الخِلافُ فِي الزَّيتِ البَحتِ وَالحَلِّ البَحتِ.

أَمَّا المُطَيَّبُ مِنهُ كَالبَنَفسَجِ وَالزَّنبَقِ وَمَا أَشبَهَهُمَا يَجِبُ بِاستِعمَالِهِ الدَّمُ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّهُ طِيبٌ، وَهَذَا إِذَا استَعمَلَهُ عَلَى وَجهِ التَّطَيُّبِ، وَلَو دَاوَى بِهِ جُرحَهُ أَو شُقُوقَ رِجلَيهِ فَلا كَفَّارَةَ عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِطِيبٍ فِي نَفسِهِ إِنَّمَا هُوَ أَصلُ الطِّيبِ أَو طِيبٌ مِن وَجهٍ فَيُشتَرَطُ استِعمَالُهُ عَلَى وَجهِ التَّطَيُّبِ، بِخِلافِ مَا إِذَا تَدَاوَى بِالمِسكِ وَمَا أَشبَهَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (**وَإِنْ ادَّهَنَ بِزَيْت**) يَعْني بِزَيْت خَالص، أَمَّا الْمُطَيِّبُ بِغَيْرِه فَيَجِيءُ ذِكْرُهُ (**فَعَلَيْه دَمٌ**) إذَا بَلَغَ عُضْوًا كَاملا وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (إِنَّهُ أَصْلُ الطِّيب) فَإِنَّ الرَّوَائِحَ تُلقَى فِيه فَيَصيرُ غَاليَةً فَصَارَ كَبَيْضِ الصَّيْد في الأَصَالة يَلزَمُ بِكَسْرِه الجَزَاءُ فَكَذَا بِاسْتِعْمَاله. قَوْلُهُ: (وَهَذَا الخلافُ في الزَّيْت البَحْت) أَيْ: الخَالص (وَالحَلِّ) أَيْ: دُهْنِ السِّمْسِمِ، (أَمَّا الْمُطَيِّبُ مِنْهُ كَالبَنَفْسَجِ) وَهُوَ مَعْرُوفٌ (وَالزَّنْبَقِ) عَلَى وَزْنِ العَنْبَرِ دُهْنُ اليَاسَمِين (وَمَا أَشْبَهَهُمَا) كَدُهْنِ البَان وَالوَرْد (فَيَجبُ بِاسْتِعْمَاله الدَّمُ بِالاتِّفَاق؛ لأَنَّهُ طِيبٌ، وَهَذَا إِذَا اسْتَعْمَلَهُ عَلَى وَجْه التَّطَيُّب، وَلَوْ **دَاوَى بِه جُرْحَهُ أَوْ شُقُوقَ** رِجْلَيْه فَلا كَفَّارَةَ عَلَيْه) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (بِخلاف مَا إذَا تَدَاوَى بِالمسْك وَمَا أَشْبَهَهُ) كَالعَنْبَرِ وَالكَافُورِ؛ لأَنَّهَا طِيبٌ بِنَفْسِهَا فَيَجِبُ الدَّمُ بِاسْتِعْمَاله وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْه التَّدَاوِي.

(وَإِن لَبِسَ ثَوبًا مَخِيطًا أَو غَطَّى رَأسَهُ يَومًا كَامِلا فَعَلَيهِ دَمٌ، وَإِن كَانَ أَقَلَّ مِن ذَلِكَ فَعَلَيهِ صَدَقَةٌ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ أَكثَرَ مِن نِصفِ يَومٍ فَعَلَيهِ دَمٌ، وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلا.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الدَّمُ بِنَفسِ اللُّبسِ؛ لأَنَّ الارتِفَاقَ يَتَكَامَلُ بِالاشتِمَال عَلَى بَدَنِهِ. وَلنَا أَنَّ مَعنَى التَّرَفُّقِ مَقصُودٌ مِن اللُّبسِ، فَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِ المُدَّةِ؛ لِيَحصُل عَلَى الكَمَال وَيَجِبُ الدَّمُ، فَقُدِّرَ بِاليَومِ؛ لأَنَّهُ يُلبَسُ فِيهِ ثُمَّ يُنزَعُ عَادَةً وَتَتَقَاصَرُ فِيمَا دُونَهُ الجِنَايَةُ فَتَجِبُ الصَّدَقَةُ.

غَيرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَقَامَ الأَكثَرَ مَقَامَ الكُلِّ. وَلو ارتَدَى بِالقَمِيصِ أَو اتَّشَحَ بِهِ أَو ائتَزَرَ بِالسَّرَاوِيل فَلا بَأسَ بِهِ؛ لأَنَّهُ لم يَلبَسهُ لُبسَ المَخِيطِ. وَكَذَا لو أَدخَل مَنكِبَيهِ فِي القَبَاءِ وَلم يُدخِل يَدَيهِ فِي الكُمَّينِ خِلافًا لزُفَرِ؛ لأَنَّهُ مَا لبِسَهُ لُبسَ القَبَاءِ وَلهَذَا يَتَكَلَّفُ فِي حِفظِهِ.

وَالتَّقدِيرُ فِي تَغطِيَةِ الرَّأسِ مِن حَيثُ الوَقتُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلا خِلافَ أَنَّهُ إِذَا غَطَّى جَمِيعَ رَأسِهِ يَومًا كَامِلا يَجِبُ عَليهِ الدَّمُ؛ لأَنَّهُ مَمنُوعٌ عَنهُ، وَلو غَطَّى بَعضَ رَأسِهِ فَالمَروِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ اعتَبَرَ الرُّبُعَ اعتِبَارًا بِالحَلقِ وَالعَورَةِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ سَترَ البَعضِ استِمتَاعٌ مَقصُودٌ يَعتَادُهُ بَعضُ النَّاسِ، وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَعتَبِرُ أَكثَرَ الرَّأسِ اعتِبَارًا للحَقِيقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ لبسَ ثَوْبًا مَخيطًا أَوْ غَطَّى رَأْسَهُ يَوْمًا كَاملا فَعَلَيْه دَمٌ) حُكْمُ اللَّيْلة أَيْضًا كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ: (وَلنَا أَنَّ مَعْنَى التَّرَفُّقِ مَقْصُودٌ منْ اللُّبْسِ) لأَنَّهُ أُعدَّ لذَلكَ، قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ سَرَٰبِيلَ تَقِيكُمُ ٱلْحَرَّ ﴾ [النحل: ٨١] وَهَذَا المَعْنَى قَدْ يَمْتَدُّ فَيَكُونُ الارْتفَاقُ كَاملا، وَقَدْ يُقَصِّرُ فَيَصيرُ نَاقصًا، فَلا بُدَّ منْ حَدٍّ فَاصلٍ بَيْنَ الكَامل وَالقَاصر ليَتَعَيَّنَ الجَزَاءُ بحَسَب ذَلكَ فَقُدِّرَ باليَوْمِ أَوْ اللَّيْلة؛ (لأَنَّهُ يُلبَسُ فيه ثُمَّ يُنْزَعُ عَادَةً) فَإِنَّ مَنْ لبسَ ثَوْبًا يَليقُ بالنَّهَارِ يَنْزعُهُ باللَّيْل، وَمَنْ لبسَ ثَوْبًا يَليقُ باللَّيْل يَنْزعُهُ بالنَّهَارِ، فَإِذَا نَزَعَ دَلَّ عَلَى تَمَامِ الارْتفَاق فَيَجبُ فيه الدَّمُ، وَمَا دُونَ ذَلكَ تَتَقَاصَرُ الجنَايَةُ فيه لنُقْصَان الارْتفَاق فَتَجبُ الصَّدَقَةُ.

(غَيْرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ أَقَامَ الأَكْثَرَ مَقَامَ الكُلِّ)؛ لأَنَّ المَرْءَ قَدْ يَرْجعُ إلى بَيْته قَبْل اللَّيْل فَيَنْزِعُ ثيَابَهُ الَّتي لبسَهَا للنَّاسِ، فَكَانَ اللُّبْسُ في أَكْثَرِ اليَوْمِ ارْتفَاقًا مَقْصُودًا، وَلكنَّ هَذَا غَيْرُ مَضْبُوطٍ فَإِنَّ أَحْوَال رُجُوعِ النَّاسِ إلى بُيُوتهمْ قَبْل اللَّيْل مُخْتَلفَةٌ، بَعْضُهُمْ يَرْجعُ في

وَقْتِ الضُّحَى، وَبَعْضُهُمْ قَبْلَهُ، وَبَعْضُهُمْ بَعْدَهُ، فَكَانَ الظَّاهِرُ هُوَ الأَوَّلُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ ارْتَدَى بِالقَمِيصِ أَوْ اتَّشَحَ بِهِ) الاتِّشَاحُ هُوَ أَنْ يُدْخِلَ ثَوْبَهُ تَحْتَ يَدِهِ اليُمْنَى وَيُلقِيَهُ عَلى مَنْكِبِهِ الأَيْسَرِ.

وَقَوْلُهُ: (خِلافًا لِزُفَرَ) هُوَ يَقُولُ: القَبَاءُ مَخِيطٌ، فَإِذَا أَدْخَلَ فِيهِ مَنْكِبَيْهِ صَارَ لابِسًا لِلمَخِيطِ، فَإِنَّ القَبَاءَ يُلبَسُ هَكَذَا عَادَةً. وَقُلنَا: مَا لَبِسَ لُبْسَ القَبَاءِ؛ لأَنَّ العَادَةَ فِي ذَلِكَ الضَّمُّ إِلَى نَفْسِهِ بِإِدْخَالِ المَنْكِبَيْنِ وَاليَدَيْنِ؛ لأَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنَ القَبْوِ وَهُوَ الضَّمُّ وَلَمْ يُوجَدْ.

(وَلِهَذَا يَتَكَلَّفُ فِي حِفْظِهِ) وَعَلَى هَذَا لَوْ زَرَّهُ وَلَمْ يُدْخِلْ يَدَيْهِ فِي الكُمَّيْنِ كَانَ لابِسًا؛ لأَنَّهُ لا يَتَكَلَّفُ إِذْ ذَاكَ فِي حِفْظِهِ وَإِنَّمَا أَعَادَ قَوْلَهُ: (وَالتَّقْدِيرُ فِي تَغْطِيَةِ الرَّأْسِ) لِيَبْنِيَ عَلَيْهِ الفُرُوعَ.

وَقَوْلُهُ: (مَا بَيَّنَّاهُ) هُوَ مَا قَالَ أَوْ غَطَّى رَأْسَهُ يَوْمًا كَامِلًا. وَقَوْلُهُ: (وَلا خِلافَ أَنَّهُ إِذَا غَطَّى جَمِيعَ رَأْسِهِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (يَعْتَادُهُ بَعْضُ النَّاسِ) كَالأَتْرَاكِ وَالأَكْرَادِ فَإِنَّهُمْ يُغَطُّونَ رُءُوسَهُمْ بِالقَلانِسِ الصِّغَارِ وَيَعُدُّونَ ذَلِكَ رِفْقًا كَامِلًا، (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَعْتَبِرُ أَكْثَرَ الرَّأْسِ اعْتِبَارًا لِلحَقِيقَةِ) أَيْ: لِحَقِيقَةِ الكَثْرَةِ، إِذْ حَقِيقَتُهَا إِنَّمَا تَثْبُتُ إِذَا قَابَلَهَا أَقَلُّ مِنْهَا وَالرُّبْعُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ حُكْمًا لا حَقِيقَةً.

(وَإِذَا حَلَقَ رُبُعَ رَأْسِهِ أَوْ رُبُعَ لِحْيَتِهِ فَصَاعِدًا فَعَلَيْهِ دَمٌ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنَ الرُّبُعِ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجِبُ إِلا بِحَلقِ الكُلِّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ بِحَلقِ القَلِيلِ اعْتِبَارًا بِنَبَاتِ الحَرَمِ.

وَلَنَا أَنَّ حَلقَ بَعْضِ الرَّأْسِ ارْتِفَاقٌ كَامِلٌ؛ لأَنَّهُ مُعْتَادٌ فَتَتَكَامَلُ بِهِ الجِنَايَةُ وَتَتَقَاصَرُ فِيمَا دُونَهُ بِخِلافِ تَطْيِيبِ رُبُعِ العُضْوِ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَكَذَا حَلقُ بَعْضِ اللِّحْيَةِ مُعْتَادٌ بِالعِرَاقِ وَأَرْضِ العَرَبِ (وَإِنْ حَلَقَ الرَّقَبَةَ كُلَّهَا فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لأَنَّهُ عُضْوٌ مَقْصُودٌ بِالحَلقِ.

(وَإِنْ حَلَقَ الإِبْطَيْنِ أَوْ أَحَدَهُمَا فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودٌ بِالحَلقِ لِدَفْعِ الأَذَى وَنَيْلِ الرَّاحَةِ فَأَشْبَهَ العَانَةَ. ذَكَرَ فِي الإِبْطَيْنِ الحَلقَ هَهُنَا وَفِي الأَصْلِ النَّتْفُ وَهُوَ السُّنَّةُ.

(وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ (إذَا حَلقَ عُضواً فَعَلَيه دَمٌ، وَإن كَانَ أَقلَّ فَطعَامٌ) أَرادَ بِهِ الصَّدرَ وَالسَّاقَ وَمَا أَشبَهَ ذَلكَ؛ لأَنَّهُ مَقصُودٌ بِطَرِيقِ التَّنُّورِ فَتَتَكَامَلُ بِحَلقِ كُلِّهِ وَتَتَقَاصَرُ عِندَ حَلقِ بَعضِهِ (وَإن أَخَذَ مِن شَارِبِهِ فَعَلَيهِ) طعَامٌ (حُكُومَةُ عَدلٍ) وَمَعنَاهُ أَنَّهُ يُنظَرُ أَنَّ هَذَا المَأخُوذَ كَم يَكُونُ مِن رُبُعِ اللِّحيَةِ فَيَجِبُ عَليهِ الطَّعَامُ بِحَسَبِ ذَلكَ، حَتَّى لو كَانَ مَثَلا مِثل رُبُعِ الرُّبُعِ لزِمَهُ قِيمَةُ رُبُعِ الشَّاةِ، وَلفظَةُ الأَخذِ مِن الشَّارِبِ تَدُلُّ عَلى أَنَّهُ هُوَ السُّنَّةُ فِيهِ دُونَ الحَلقِ، وَالسُّنَّةُ أَن يُقَصَّ حَتَّى يُوَازِيَ الإِطَارَ.

قَال (وَإن حَلَقَ مَوضِعَ المَحَاجِمِ فَعَلَيهِ دَمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: عَلَيهِ صَدَقَةٌ)؛ لأَنَّهُ إنَّمَا يَحلقُ الحِجَامَةَ وَهِيَ لَيسَت مِن المَحظُورَاتِ فَكَذَا مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إليهَا، وَإلا أَنَّ فِيهِ إزَالَةَ شَيءٍ مِن التَّفَثِ فَتَجِبُ الصَّدَقَةُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَلقَهُ مَقصُودٌ؛ لأَنَّهُ لا يَتَوَسَّلُ إلى المَقصُودِ إلا بِهِ، وَقَد وُجِدَ إزَالَةُ التَّفَثِ عَن عُضوٍ كَامِلٍ فَيَجِبُ الدَّمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا حَلقَ رُبْعَ رَأْسه) ظَاهِرٌ (وَقَال مَالكٌ: لا يَجبُ إلا بحَلقِ الكُلِّ) عَمَلا بظَاهِرِ قَوْله تَعَالى: ﴿ وَلَا تَحْلِقُواْ رُءُوسَكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَإِنَّ الرَّأْسَ اسْمٌ للكُلِّ (وَقَال الشَّافعيُّ: يَجبُ بحَلقِ القَليل) وَهُوَ ثَلاثُ شَعَرَات، وَعَلَّقَ الحُكْمَ باسْمِ الجِنْسِ، وَالحُكْمُ المُعَلَّقُ باسْمِ الجنْسِ يَتَأَدَّى بأَدْنَى مَا يَنْطَلقُ عَلَيْه الاسْمُ كَمَا (في نَبَات الحَرَمِ)، (وَلَنَا أَنَّ حَلقَ بَعْضِ الرَّأْسِ ارْتفَاقٌ كَاملٌ لأَنَّهُ مُعْتَادٌ)، فَإِنَّ الأَتْرَاكَ يَحْلقُونَ أَوْسَاطَ رُءُوسِهِمْ وَبَعْضُ العَلويَّة يَحْلقُونَ نَوَاصِيَهُمْ لابْتغَاءِ الرَّاحَة وَالزِّينَة، وَالارْتفَاقُ الكَاملُ تَتَكَامَلُ به الجنَايَةُ كَمَا تَقَدَّمَ، (وَتَتَقَاصَرُ فيمَا دُونَهُ) وَفي قَوْله: (فَتَتَكَامَلُ به الجنَايَةُ) إشَارَةٌ إلى دَفْعِ قَوْل مَالك فَإِنَّهُ قَال: بحَلقِ كُلِّ الرَّأْسِ تَتَكَامَلُ الجنَايَةُ، فَأَشَارَ إلى أَنَّ الجنَايَةَ تَتَكَامَلُ بالبَعْضِ أَيْضًا.

وَفي قَوْله: (وَتَتَقَاصَرُ فيمَا دُونَهُ) إشَارَةٌ إلى نَفْيِ قَوْل الشَّافعيِّ رَحمَهُ اللَّهُ إنَّهُ يَجبُ الجزَاءُ بالقَليل، فَأَشَارَ إلى أَنَّ الجنَايَةَ في القَليل قَاصرَةٌ فَكَيْفَ تُوجبُ الدَّمَ. وَأَمَّا حَلقُ اللِّحْيَة فَهُوَ مُتَعَارَفٌ، فَإِنَّ الأَكَاسرَةَ كَانُوا يَحْلقُونَ لحَى شُجْعَانهمْ، وَكَذَلكَ الأَخْذُ منْ اللِّحْيَة مقْدَارُ الرُّبْعِ وَمَا يُشْبهُهُ (مُعْتَادٌ بالعرَاق وَأَرْضِ العَرَب)، فَكَانَ مَقْصُودًا

بالارْتفَاق كَحَلقِ الرَّأْسِ فَأُلحِقَ بِهِ احْتِيَاطًا لإِيجَابِ الكَفَّارَةِ فِي المَنَاسك فَإِنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلى الاحْتِيَاطِ حَتَّى وَجَبَتْ بِالأَعْذَارِ، بِخِلاف تَطْيِيبِ رُبْعِ العُضْوِ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُود، إِذْ العَادَةُ فِي الطِّيبِ لَيْسَتْ فِي الاقْتِصَارِ عَلى الرُّبْعِ فَكَانَ العُضْوُ الكَامِلُ فِي الطِّيبِ كَالرُّبْعِ فِي الحَلقِ فِي حَقِّ الكَفَّارَةِ.

(وَإِنْ **حَلقَ الرَّقَبَةَ كُلَّهَا** فَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لأَنَّهُ عُضْوٌ مَقْصُودٌ بِالحَلقِ (وَإِنْ حَلقَ الإِبطَيْنِ أَوْ أَحَدَهُمَا فَعَلَيْهِ دَمٌ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودٌ بِالحَلقِ لِدَفْعِ الأَذَى وَنَيْلِ الرَّاحَة فَأَشْبَهَ العَانَةَ) قِيل: إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الإِبطَيْنِ مَقْصُودًا بِالحَلقِ وَجَبَ أَنْ يَجِبَ بِحَلقِهِمَا دَمَان. وَأُجِيبَ بِأَنَّ جِنَايَاتِ المُحْرِمِ إِذَا كَانَتْ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ يَجِبُ فِيهَا ضَمَانٌ وَاحِدٌ، أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا أَزَال شَعْرَ جَمِيعِ بَدَنِهِ بِالتُّنُورِ لَمْ يَلزَمْهُ إِلا دَمٌ وَاحِدٌ؟.

(ذُكِرَ فِي الإِبطَيْنِ الحَلقُ هَهُنَا) يَعْنِي فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَفِي الأَصْل) أَيْ: المَبْسُوطِ (النَّتْفُ وَهُوَ السُّنَّةُ) بِخِلاف العَانَة، فَإِنَّ السُّنَّةَ فِيهَا الحَلقُ لِمَا جَاءَ فِي الحَدِيثِ: «عَشْرٌ مِنْ الفِطْرَةِ، مِنْهَا الاسْتِحْدَادُ» وَتَفْسِيرُهُ حَلقُ العَانَةِ بِالحَدِيد.

(وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا حَلقَ عُضْوًا فَعَلَيْهِ دَمٌ) قِيل: قَوْلُهُمَا بَيَانٌ لِقَوْل أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا أَنَّهُ خَالفَهُمَا فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا خُصَّا بِالذِّكْرِ لأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحْفُوظَةٌ عَنْهُمَا.

وَقَوْلُهُ: (أَرَادَ بِهِ) أَيْ: بِقَوْلِهِ عُضْوًا (الصَّدْرَ وَالسَّاقَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ) مِثْل الفَخِذِ وَالعَضُدِ. فَإِنْ قِيل: الجِنَايَةُ بِالحَلقِ إِنَّمَا تَتَكَامَلُ إِذَا كَانَ العُضْوُ مَقْصُودًا بِالحَلقِ وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ. قُلت: هَذَا الَّذِي ذَكَرْت هُوَ مَا ذُكِرَ فِي المَبْسُوط.

قَال بَعْدَمَا ذَكَرَ حَلقَ الرَّأْسِ: ثُمَّ الأَصْلُ بَعْدَ هَذَا أَنَّهُ مَتَى حَلقَ عُضْوًا مَقْصُودًا بِالحَلقِ مِنْ بَدَنِهِ قَبْل أَوَانِ التَّحَلُّل فَعَلَيْهِ دَمٌ، وَإِنْ حَلقَ مَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ؛ ثُمَّ قَال: وَمِمَّا لَيْسَ بِمَقْصُود حَلقُ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاق.

وَلكِنَّ المُصَنِّفَ ذَكَرَ مَا هُوَ المُوَافِقُ لِرِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِفَخْرِ الإِسْلامِ نَظَرًا إِلى أَنَّهُ مَقْصُودٌ بِالتُّنُورِ: أَيْ: إِزَالتُهُ بِالنُّورَة، وَلا فَرْقَ عِنْدَ الأَئِمَّة الأَرْبَعَة فِي إِزَالة الشَّعْرِ بَيْنَ الحَلقِ وَالنَّتْفِ وَالتُّنُورِ فَكَانَتْ الجِنَايَةُ بِحَلقِ كُلِّهِ كَامِلةً وَبِحَلقِ بَعْضِهِ قَاصِرَةً.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَخَذَ مِنْ شَارِبِهِ) ظَاهِرٌ. وَقِيل الشَّارِبُ عُضْوٌ مَقْصُودٌ بِالحَلقِ، فَإِنَّ

منْ عَادَة بَعْضِ النَّاسِ حَلقَ الشَّارِب دُونَ اللِّحْيَة، فَكَانَ الوَاجِبُ تَكَامُل الجِنَايَة بحَلقه. وَأُجيبَ بِأَنَّهُ مَعَ اللِّحْيَة فِي الحَقِيقَة عُضْوٌ وَاحدٌ لاتِّصَال البَعْضِ بالبَعْضِ فَلا يُجْعَلُ فِي حُكْمِ أَعْضَاء مُتَفرِّقَة كَالرَّأْسِ: فَإِنَّ مِنَ العَلويَّة مَنْ عَادَتُهُ حَلقُ مُقَدَّمِ الرَّأْسِ وَذَلكَ لا يَدُلُّ عَلى أَنَّ كُلَّهُ لَيْسَ بعُضْوٍ وَاحد.

وَقَوْلُهُ: (تَدُلُّ عَلى أَنَّهُ هُوَ السُّنَّةُ فيه دُونَ الحَلق) هُوَ المَذْهَبُ عنْدَ بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ منْ مَشَايخنَا لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَنَّهُ قَال: «**عَشْرَةٌ منْ فطْرَتي وَفطْرَة إبْرَاهِيمَ خَليل الرَّحْمَنِ، وَذَكَرَ منْ جُمْلتهَا قَصَّ الشَّارِب**». وَقَوْلُهُ: (حَتَّى يُوَازِيَ الإِطَارَ) قَال فِي المُغْرِب: إطَارُ الشَّفَة مُلتَقَى جلدَتهَا وَلحْمَتهَا مُسْتَعَارٌ منْ إطَارِ المُنْخُل وَالدُّفِّ. قَال: (وَإنْ حَلقَ مَوْضعَ المَحَاجمِ فَعَليْه دَمٌ) المُرَادُ بالمَحَاجمِ هَهُنَا جَمْعُ محْجَمٍ اسْمُ آلة منْ الحجَامَة بدَليل ذكْرِ اسْمِ المَوْضعِ، فَلا يَصحُّ أَنْ يَكُونَ جَمْعَ مَحْجَمٍ بفَتْحِ الميمِ اسْمُ مَوْضعٍ منْ الحجَامَة، وَدَليلُهُمَا ظَاهرٌ. وَأَمَّا دَليلُ أَبي حَنيفَةَ فَفيه اشْتبَاهٌ؛ لأَنَّهُ جَعَل حَلقَهُ مَقْصُودًا وَوَسيلةً وَهُمَا مُتَنَافيَان. وَأُجيبَ بأَنَّهُ لمْ يَقُل بأَنَّ حَلقَهُ مَقْصُودٌ لذَاته بَل قَال: مَقْصُودًا، وَمَا لا يَتمُّ المَقْصُودُ لذَاته إلا به فَهُوَ مَقْصُودٌ، وَإنْ كَانَ لغَيْره فَلا تَنَافي بَيْنَهُمَا بَقيَ الكَلامُ فِي أَنَّ المُرَادَ بالمَقْصُود أَعَمُّ منْ أَنْ يَكُونَ لذَاته أَوْ لغَيْره. وَقَوْلُهُ: (عَنْ عُضْوٍ كَاملٍ) يَعْني أَنَّ هَذَا المَوْضعَ فِي حَقِّ الحجَامَة عُضْوٌ كَاملٌ.

(وَإن حلقَ رَأسَ مُحرمٍ بِأَمرِهِ أَو بِغَيرِ أَمرِهِ فَعَلَى الحَالقِ الصَّدَقَةُ، وَعَلَى المَحلُوقِ دَمٌ) وَقَال الشَّافعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَجِبُ إن كَانَ بِغَيرِ أَمرِهِ بِأَن كَانَ نَائمًا؛ لأَنَّ مِن أَصلهِ أَنَّ الإِكرَاهَ يُخرِجُ المُكرَهَ مِن أَن يَكُونَ مُؤَاخَذًا بِحُكمِ الفِعل وَالنَّومُ أَبلغُ مِنهُ.

وَعِندَنَا بِسَبَبِ النَّومِ وَالإِكرَاهِ يَنتَفِي المَأثَمُ دُونَ الحُكمِ وَقَد تَقَرَّرَ سَبَبُهُ، وَهُوَ مَا نَال مِن الرَّاحَةِ وَالزِّينَةِ فَيَلزَمُهُ الدَّمُ حَتمًا، بِخِلافِ المُضطَرِّ حَيثُ يَتَخَيَّرُ؛ لأَنَّ الآفَةَ هُنَاك سَمَاوِيَّةٌ وَهَهُنَا مِن العِبَادِ، ثُمَّ لا يَرجِعُ المَحلُوقُ رَأسَهُ عَلَى الحَالقِ؛ لأَنَّ الدَّمَ إِنَّمَا لزِمَهُ بِمَا نَال مِن الرَّاحَةِ فَصَارَ كَالمَغرُورِ فِي حَقِّ العُقرِ.

وَكَذَا إِذَا كَانَ الحَالقُ حَلالا لا يَختَلفُ الجَوَابُ فِي حَقِّ المَحلُوقِ رَأسُهُ، وَأَمَّا الحَالقُ تَلزَمُهُ الصَّدَقَةُ فِي مَسأَلتِنَا فِي الوَجهَينِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا شَيءَ عَليهِ وَعَلَى هَذَا الخِلافُ إِذَا حَلَقَ المُحرِمُ رَأسَ حَلالٍ. لهُ أَنَّ مَعنَى الارتِفَاقِ لا يَتَحَقَّقُ بِحَلقِ

شَعرِ غَيرِهِ وَهُوَ المُوجِبُ.

وَلنَا أنَّ إزَالتَ مَا يَنمُو مِن بَدَنِ الإنسَانِ مِن مَحظُورَاتِ الإحرَامِ؛ لاستِحقَاقِهِ الأمَانَ بِمَنزِلتِ نَبَاتِ الحَرَمِ فَلا يَفتَرِقُ الحَالُ بَينَ شَعرِهِ وَشَعرِ غَيرِهِ إلا أنَّ كَمَالَ الجِنَايَتِ فِي شَعرِهِ (فَإن أخَذَ مِن شَارِبِ حَلالٍ أو قَلَّمَ أظَافِيرَهُ أطعَمَ مَا شَاءَ) وَالوَجهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا.

وَلا يَعرَى عَن نَوعِ ارتِفَاقٍ؛ لأن يَتَأذَّى بِتَفَثِ غَيرِهِ وَإن كَانَ أقَلَّ مِن التَّأذِّي بِتَفَثِ نَفسِهِ فَيَلزَمُهُ الطَّعَامُ (وَإن قَصَّ أظَافِيرَ يَدَيهِ وَرِجلَيهِ فَعَلَيهِ دَمٌ)؛ لأنَّهُ مِن المَحظُورَاتِ لمَا فِيهِ مِن قَضَاءِ التَّفَثِ وَإزَالتِ مَا يَنمُو مِن البَدَنِ، فَإذَا قَلَّمَهَا كُلَّهَا فَهُوَ ارتِفَاقٌ كَامِلٌ فَيَلزَمُهُ الدَّمُ، وَلا يُزَادُ عَلَى دَمٍ إن حَصَلَ فِي مَجلِسٍ وَاحِدٍ؛ لأنَّ الجِنَايَتَ مِن نَوعٍ وَاحِدٍ، فَإن كَانَ فِي مَجَالِسَ فَكَذَلكَ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّ مَبنَاهَا عَلَى التَّدَاخُلِ فَأشبَهَ كَفَّارَةَ الفِطرِ إلا إذَا تَخَلَّلت الكَفَّارَةُ لارتِفَاعِ الأولى بِالتَّكفِيرِ. وَعَلَى قَولِ أبِي حَنِيفَتَ وَأبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَجِبُ أربَعَتُ دِمَاءٍ إن قَلَّمَ فِي كُلِّ مَجلِسٍ يَدًا أو رِجلا؛ لأنَّ الغَالبَ فِيهِ مَعنَى العِبَادَةِ فَيَتَقَيَّدُ التَّدَاخُلُ بِاتِّحَادِ المَجلِسِ كَمَا فِي آيِ السَّجدَةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِنْ حَلقَ) **يَعْنِي المُحْرِمَ** (رَأْسَ مُحْرِمٍ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ) الحَالقُ وَالمَحْلُوقُ رَأْسُهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَلالَيْنِ أَوْ مُحْرِمَيْنِ، أَوْ الحَالقُ حَلالٌ وَالمَحْلُوقُ مُحْرِمٌ أَوْ بِالعَكْسِ مِنْ ذَلكَ؛ فَالأَوَّلُ لا كَلامَ فِيهِ، وَالثَّانِي عَلَى الحَالقِ فِيهِ صَدَقَةٌ سَوَاءٌ حَلقَ بِأَمْرِ المَحْلُوقِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، خِلافًا للشَّافِعِيِّ فِيهِمَا فَإِنَّهُ يَقُولُ: لا شَيْءَ عَلَى الحَالقِ مُطْلقًا؛ لأَنَّ المُوجِبَ هُوَ الارْتِفَاقُ، وَهُوَ لا يَتَحَقَّقُ بِحَلقِ شَعْرِ غَيْرِهِ.

وَلا عَلَى المَحْلُوقِ (إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ بِأَنْ كَانَ نَائِمًا؛ لأَنَّ مِنْ أَصْلهِ أَنَّ الإِكْرَاهَ يُخْرِجُ المُكْرَهَ مِنْ المُؤَاخَذَةِ بِحُكْمِ الفِعْلِ، وَالنَّوْمُ أَبْلغُ مِنْهُ)؛ لأَنَّ القَصْدَ يَفْسُدُ بِالإِكْرَاهِ وَيَنْعَدِمُ بِالنَّوْمِ، وَقُلنَا فِي الحَالقِ: إِنَّ إِزَالةَ مَا يَنْمُو مِنْ بَدَنِ الإِنْسَانِ مِنْ مَحْظُورَاتِ الإِحْرَامِ لاسْتِحْقَاقِهِ الأَمَانَ بِمَنْزِلةِ نَبَاتِ الحَرَمِ، وَتَنَاوُلُ مَحْظُورَاتِ الإِحْرَامِ يُوجِبُ الجَزَاءَ سَوَاءٌ كَانَ فِي بَدَنِهِ أَوْ فِي غَيْرِ بَدَنِهِ كَمَا فِي نَبَاتِ الحَرَمِ فَلا يَفْتَرِقُ الحَالُ بَيْنَ شَعْرِهِ وَشَعْرِ غَيْرِهِ.

إِلا أَنَّ الجِنَايَةَ فِي شَعْرِهِ مُتَكَامِلةٌ فَيَلزَمُهُ فِيهِ الدَّمُ وَفِي غَيْرِهِ الصَّدَقَةُ، وَفِي المَحْلُوقِ

رَأْسُهُ تَقرَّرَ السَّبَبُ وَهُوَ نَيْلُ الرَّاحَةِ وَالزِّينَةِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الدَّمَ، وَالنَّوْمُ وَالإِكْرَاهُ لا يَصْلُحَانِ مَانِعَيْنِ؛ لأَنَّ المَأْثَمَ يَنْتَفِي بِهَا دُونَ الحُكْمِ.

قِيلَ: ذَكَرَ المُصَنِّفُ هَهُنَا أَنَّ بِحَلقِ الشَّعْرِ تَحْصُلُ الزِّينَةُ فَتَجِبُ الكَفَّارَةُ، وَذَكَرَ فِي الدِّيَاتِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ أَنَّ فِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةَ؛ لأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ مَنْفَعَةُ الجَمَالِ وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ؛ لأَنَّ الجَمَالَ هُوَ الزِّينَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَمَالٌ مِنْ حَيْثُ الخِلقَةُ وَلِهَذَا يَتَكَلَّفُ عَادِمُهُ فِي سَتْرِهِ، وَيَحْصُلُ بِحَلقِهِ زِينَةُ إِزَالَةِ الشُّعْثِ وَالتُّفْلِ، وَإِذَا اخْتَلَفَتْ الجِهَةُ زَالَ التَّنَاقُضُ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلافِ المُضْطَرِّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ حَتْمًا: أَيْ بِخِلافِ المُحْرِمِ المُضْطَرِّ إِلى حَلقِ رَأْسِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا حَلَقَهُ يَتَخَيَّرُ إِنْ شَاءَ ذَبَحَ شَاةً وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ عَلى سِتَّةِ مَسَاكِينَ وَإِنْ شَاءَ صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ (لأَنَّ الآفَةَ هُنَاكَ سَمَاوِيَّةٌ، وَفِي صُورَةِ النِّزَاعِ مِنْ العِبَادِ ثُمَّ المَحْلُوقُ رَأْسُهُ لا يَرْجِعُ عَلى الحَالِقِ بِمَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ الدَّمِ).

وَقَال بَعْضُ العُلَمَاءِ: يَرْجِعُ لأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُ فِي هَذِهِ العُهْدَةِ فَكَأَنَّهُ أَخَذَ هَذَا القَدْرَ مِنْ مَالِهِ. وَقُلنَا: (الدَّمُ إِنَّمَا لزِمَهُ بِمَا نَال مِنْ الرَّاحَةِ فَصَارَ كَالمَغْرُورِ) إِذَا ضَمِنَ العُقْرَ لا يَرْجِعُ عَلى الغَارِّ؛ لأَنَّهُ فِي مُقَابَلةِ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ مَنَافِعِ البُضْعِ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا كَانَ الحَالِقُ حَلالا) هُوَ الوَجْهُ الثَّالِثُ مِنْ الأَقْسَامِ العَقْلِيَّةِ وَلَيْسَ فِيهِ عَلى الحَالِقِ شَيْءٌ بِالاتِّفَاقِ وَفِي المَحْلُوقِ الخِلافُ المَذْكُورُ.

وَقَوْلُهُ: (فِي مَسْأَلتِنَا) أَرَادَ بِهِ مَا إِذَا كَانَ الحَالِقُ مُحْرِمًا. وَقَوْلُهُ: (فِي الوَجْهَيْنِ) أَرَادَ بِهِ مَا بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ أَخَذَ) يَعْنِي المُحْرِمَ (مِنْ شَارِبِ حَلالٍ أَوْ قَصَّ أَظَافِيرَهُ أَطْعَمَ مَا شَاءَ وَالوَجْهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ: إِنَّ إِزَالةَ مَا يَنْمُو مِنْ بَدَنِ الإِنْسَانِ مِنْ مَحْظُورَاتِ الإِحْرَامِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلا يَعْرَى عَنْ نَوْعِ ارْتِفَاقٍ) إِشَارَةٌ إِلى الجَوَابِ عَمَّا قَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَلقَ رَأْسِ غَيْرِهِ وَالأَخْذُ مِنْ شَارِبِهِ بِمَنْزِلةِ أَنْ يَلبَسَ غَيْرُهُ مَخِيطًا فِي عَدَمِ ارْتِفَاقِهِ، فَكَمَا لا يَجِبُ فِي الإِلبَاسِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَكَذَلِكَ هَهُنَا، وَذَلِكَ؛ لأَنَّ فِي الحَلقِ وَأَخْذِ الشَّارِبِ ارْتِفَاقًا لهُ؛ لأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَأَذَّى بِتَفَثِ غَيْرِهِ، وَلَيْسَ فِي إِلبَاسِ المَخِيطِ ذَلِكَ لكِنَّ التَّأَذِّي بِتَفَثِ غَيْرِهِ أَقَلُّ مِنْ التَّأَذِّي بِتَفَثِ نَفْسِهِ (فَيَلزَمُهُ الطَّعَامُ) وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ قَصَّ) أَيْ

المُحْرِمُ (أظَافيرَ يَدَيْه ورِجلَيْه) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ الجنَايَةَ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ) يَعْنِي تَسْمِيَةً وَمَعْنًى، أَمَّا تَسْمِيَةً فَلأَنَّ الكُلَّ يُسَمَّى قَصًّا، وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّ الارْتِفَاقَ مِنْ حَيْثُ القَصُّ وَهُوَ شَيْءٌ وَاحِدٌ. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى التَّدَاخُلِ) يَعْنِي أَنَّ المُحْرِمَ إذَا قَتَلَ صَيْدَ الحَرَمِ يَكْفِيه قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ الجنَايَةُ فِي حَقِّ الحَرَمِ وَالإِحْرَامِ جَمِيعًا فَكَانَ مَبْنَاهَا عَلى ذَلكَ (فَأَشْبَهَ كَفَّارَةَ الفطْرِ).

وَهُمَا يَقُولانِ: كَفَّارَةُ الإِحْرَامِ مَعْنَى العبَادَة فيهَا غَالبٌ بدَليل أَنَّهَا تَجبُ عَلى المَعْذُورِ كَالمُكْرَه وَالنَّائِمِ وَالمُخْطِئِ وَالنَّاسِي وَالمُضْطَرِّ، وَبِالنَّظَرِ إلى ذَلكَ لا تَتَدَاخَلُ فَقُلْنَا بتَقيُّد التَّدَاخُلِ باتِّحَاد المَجْلسِ؛ لأَنَّهُ إذَا كَانَ فِي مَجْلسٍ وَاحِدٍ فَالمَقْصُودُ وَاحِدٌ، وَالمَحَالُّ مُخْتَلفَةٌ فَرَجَّحْنَا اتِّحَادَ المَقْصُود بوُجُود الجَامعِ وَهُوَ المَجْلسُ، وَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَتْ المَجَالسُ فَيَتَرَجَّحُ جَانبُ اخْتلاف المَحَالِّ وَيَلزَمُ لكُلِّ وَاحدٍ دَمٌ عَمَلا بالوَجْهَيْنِ.

فَإِنْ قيلَ: الجنَايَاتُ إذَا كَانَتْ مِنْ جنْسٍ وَاحدٍ لا تَتَعَدَّدُ الكَفَّارَةُ كَمَا إذَا حَلَقَ رَأْسَهُ فِي مَجَالسَ مُخْتَلفَة فَإِنَّ عَلَيْه كَفَّارَةً وَاحدَةً لذَلكَ.

فَالجَوَابُ أَنَّ هَهُنَا اتِّحَادَ المَقْصُود وَاتِّحَادَ المَحَلِّ وَكَذَا اخْتلافُهُمَا، فَمَتَى اتَّحَدَ الجَميعُ لزمَهُ كَفَّارَةٌ وَاحدَةٌ بلا خلاف بَيْنَهُمْ، وَمَتَى اخْتَلَفَ الجَميعُ لزمَهُ الكَفَّارَةُ مُتَعَدِّدَةً؛ وَمَتَى اتَّحَدَ المَقْصُودُ وَاخْتَلَفَ المَحَالُّ، فَإِنْ اتَّحَدَ المَجْلسُ تَقَوَّى جَانبُ الاتِّحَاد فَلزمَهُ كَفَّارَةٌ وَاحدَةٌ، وَمَتَى اخْتَلَفَ المَجْلسُ تَقَوَّى جَانبُ الاخْتلاف وَتَعَدَّدَتْ الكَفَّارَةُ.

فَإِذَا عَرَفْتَ هَذَا ظَهَرَ لُزُومُ التَّعَدُّد فيمَا نَحْنُ فيه عنْدَ اخْتلاف المَجْلسِ وَلُزُومُ الوَحْدَة عنْدَ اتِّحَاده، وَلا يَلزَمُ حَلقُ الرَّأْسِ عَلَيْه؛ لأَنَّ المَحَلَّ مُتَّحدٌ وَالمَقْصُودُ كَذَلكَ، بخلاف مَحَلِّ النِّزَاعِ؛ لأَنَّ المَحَالَّ فيه مُخْتَلفَةٌ وَلا يُشْكلُ بحَلقِ الإِبطَيْنِ، فَإِنَّ المَقْصُودَ مُتَّحدٌ وَالمَحَالُّ مُخْتَلفَةٌ.

وَلا يَخْتَلفُ الحَالُ فِي اتِّحَاد الجَزَاءِ بَيْنَ مَا كَانَ المَجْلسُ مُتَّحدًا أَوْ مُخْتَلفًا؛ لأَنَّ ذَلكَ لا روَايَةَ فيه، وَلأَنْ كَانَتْ فَثَمَّةَ مَا يُوجبُ اتِّحَادَ المَحَالِّ وَهُوَ التَّنْوِيرُ، فَإِنَّهُ لوْ نَوَّرَ جَميعَ البَدَنِ لَمْ يَلزَمْهُ إلا كَفَّارَةٌ وَاحدَةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الحَلقَ مثْلُ التَّنْوِيرِ، وَلَيْسَ فِي صُورَة النِّزَاعِ مَا يَجْعَلُهَا كَذَلكَ.

(وَإِن قَصَّ يَدًا أَو رِجلا فَعَلَيهِ دَمٌ) إقَامَةً للرُّبعِ مَقَامَ الكُلِّ كَمَا فِي الحَلقِ (وَإِن

قصَّ أَقَلَّ مِن خَمسةِ أَظَافِيرَ فَعَليهِ صَدَقَةٌ) مَعناهُ تَجِبُ بِكُلِّ ظُفُرٍ صَدَقَةٌ.

وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الدَّمُ بِقَصِّ ثَلاثَةٍ مِنهَا، وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ الأَوَّلُ؛ لأَنَّ فِي أَظَافِيرِ اليَدِ الوَاحِدَةِ دَمًا، وَالثَّلاثُ أَكثَرُهَا.

وَجهُ المَذكُورِ فِي الكِتَابِ أَنَّ أَظَافِيرَ كَفٍّ وَاحِدٍ أَقَلُّ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلمِهِ وَقَد أَقَمنَاهَا مَقَامَ الكُلِّ، فَلا يُقَامُ أَكثَرُهَا مَقَامَ كُلِّهَا؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلى مَا لا يَتَنَاهَى (وَإِن قَصَّ خَمسَةَ أَظَافِيرَ مُتَفَرِّقَةٍ مِن يَدَيهِ وَرِجليهِ فَعَليهِ صَدَقَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالى (وَقَال مُحَمَّدٌ): رَحِمَهُ اللَّهُ (عَليهِ دَمٌ) اعتِبَارًا بِمَا لو قَصَّهَا مِن كَفٍّ وَاحِدٍ، وَبِمَا إِذَا حَلَقَ رُبُعَ الرَّأسِ مِن مَوَاضِعَ مُتَفَرِّقَةٍ.

وَلهُمَا أَنَّ كَمَال الجِنَايَةِ بِنَيلِ الرَّاحَةِ وَالزِّينَةِ وَبِالقَلمِ عَلى هَذَا الوَجهِ يَتَأَذَّى وَيَشِينُهُ ذَلكَ، بِخِلافِ الحَلقِ؛ لأَنَّهُ مُعتَادٌ عَلى مَا مَرَّ.

وَإِذَا تَقَاصَرَت الجِنَايَةُ تَجِبُ فِيهَا الصَّدَقَةُ فَيَجِبُ بِقَلمِ كُلِّ ظُفرٍ طَعَامُ مِسكِينٍ، وَكَذَلكَ لو قَلَّمَ أَكثَرَ مِن خَمسَةٍ مُتَفَرِّقًا لأَن يَبلُغَ ذَلكَ دَمًا فَحِينَئِذٍ يَنقُصُ عَنهُ مَا شَاءَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ قَصَّ يَدًا أَوْ رِجْلا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَجْهُ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ) أَيْ: القُدُورِيِّ (أَنَّ أَظَافِيرَ كَفٍّ وَاحِدٍ أَقَلُّ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلمِه) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لا يُقَامُ أَكْثَرُهُ مَقَامَهُ، أَمَّا أَنَّهَا أَقَلُّ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلمِه فَلأَنَّهُ إِنَّمَا وَجَبَ الدَّمُ بِاعْتِبَارِ قِيَامِه مَقَامَ الكُلِّ، وَفِي ذَلِكَ شُبْهَةٌ، وَلَيْسَ بَعْدَ الشُّبْهَةِ إلا شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ بِحَالٍ.

وَقَدْ أَشَارَ إِلَى هَذَا التَّعْلِيلِ بِقَوْلِه: (وَقَدْ أَقَمْنَاهَا مَقَامَ الكُلِّ) وَهُوَ فِي مَوْضِعِ الحَالِ: أَيْ: أَنَّهَا أَقَلُّ مَا يَجِبُ الدَّمُ بِقَلمِه حَالَ كَوْنِهَا مُقَامَةً مَقَامَ الكُلِّ، فَفِيهَا شُبْهَةُ الكُلِّيَّةِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لا يُقَامُ أَكْثَرُهُ مَقَامَهُ فَلمَا قَالَ: (لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى مَا لا يَتَنَاهَى)؛ لأَنَّهُ إِذَا أُقِيمَ الثَّلاثَةُ مَقَامَ خَمْسَةٍ يُقَامُ الاثْنَانِ مَقَامَ الثَّلاثَةِ، ثُمَّ الظُّفْرُ وَالنِّصْفُ مَقَامَ الظُّفْرَيْنِ، ثُمَّ الظُّفْرُ الوَاحِدُ مَقَامَ ظُفْرٍ وَنِصْفٍ وَهَلُمَّ جَرًّا دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ.

وَالمُرَادُ بِقَوْلِه: (إِلَى مَا لا يَتَنَاهَى). إِلَى مَا يَتَعَسَّرُ اعْتِبَارُهُ، لأَنَّ الجِسْمَ عِنْدَنَا أَهْلَ السُّنَّةِ وَالجَمَاعَةِ يَتَنَاهَى إِلَى الجُزْءِ الَّذِي لا يَتَجَزَّأُ، فَلا بُدَّ لَهُ مِنْ تَأْوِيلٍ، وَذَلِكَ مَا قُلنَا

(وَإِنْ قَصَّ خَمْسَةَ أَظَافِيرَ مُتَفَرِّقَة) بالجَرِّ صِفَةً للمَعْدُود كَمَا فِي قَوْله تَعَالى: ﴿ سَبْعَ بَقَرَٰتٍ سِمَانٍ ﴾ [يوسف: ٤٣] (مِنْ يَدَيْه وَرِجْلَيْه فَعَلَيْه صَدَقَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَلَيْه دَمٌ اعْتبَارًا بمَا لوْ قَصَّهَا مِنْ كَفٍّ وَاحِدٍ) بِجَامِعِ أَنَّهُ قَصَّ خَمْسَةَ أَظَافِيرَ وَلا تَفْرِقَةَ فِي ذَلكَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِنْ يَد وَرِجْلٍ، (وَبِمَا إِذَا حَلَقَ رُبْعَ الرَّأْسِ مِنْ مَوَاضِعَ مُتَفَرِّقَة.

وَلَهُمَا أَنَّ الدَّمَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ تَكَامُلِ الجِنَايَة بنَيْل الرَّاحَة وَالزِّينَة و) هَذَا لَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّهُ (بالقَلمِ عَلى هَذَا الوَجْه يَتَأَذَّى وَيَشِينُهُ ذَلكَ، بخلاف الحَلق؛ لأَنَّهُ مُعْتَادٌ) فَإِنَّ مَنْ يَأْخُذُ شَيْئًا مِنْ مُقَدَّمِ رَأْسِه وَشَيْئًا مِنْ مُؤَخَّرِه فَإذَا جَمَعَ الجَمِيعَ يَصِيرُ مِقْدَارَ الرُّبْعِ.

(وَإِذَا تَقَاصَرَتْ الجِنَايَةُ تَجِبُ فِيهَا الصَّدَقَةُ)، وَمِقْدَارُهَا لكُلِّ ظُفْرٍ طَعَامُ مِسْكِينٍ، (وَكَذَلكَ لوْ قَلَّمَ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسَة مُتَفَرِّقًا إلا أَنْ يَبْلُغَ ذَلكَ دَمًا فَيَنْقصُ مِنْهُ مَا شَاءَ) حَتَّى قَالُوا لوْ قَصَّ سِتَّةَ عَشَرَ ظُفْرًا مِنْ كُلِّ عُضْوٍ أَرْبَعَةً، فَعَلَيْه لكُلِّ ظُفْرٍ طَعَامُ مِسْكِينٍ إلا أَنْ يَبْلُغَ ذَلكَ دَمًا فَيَنْقصُ مِنْهُ مَا شَاءَ.

قال: (وَإِن انكسَرَ ظُفُرُ المُحرِمِ وَتَعَلَّقَ فَأَخَذَهُ فَلا شَيءَ عَليهِ)؛ لأَنَّهُ لا يَنمُو بَعدَ الانكِسَارِ فَأَشبَهَ اليَابِسَ مِن شَجَرِ الحَرَمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ انْكَسَرَ ظُفْرُ المُحْرِمِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن تَطَيَّبَ أَو لبِسَ مَخِيطًا أَو حَلقَ مِن عُذرٍ فَهُوَ مُخَيَّرٌ إن شَاءَ ذَبَحَ وَإِن شَاءَ تَصَدَّقَ عَلى سِتَّةِ مَسَاكِينَ بِثَلاثَةِ أَصوُعٍ مِن الطَّعَامِ وَإِن شَاءَ صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وَكَلِمَةُ أَو للتَّخيِيرِ وَقَد فَسَّرَهَا رَسُولُ اللَّه عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِمَا ذَكَرنَا، وَالآيَةُ نَزَلت فِي المَعذُورِ ثُمَّ الصَّومُ يُجزِيهِ فِي أَيِّ مَوضِعٍ شَاءَ؛ لأَنَّهُ عِبَادَةٌ فِي كُلِّ مَكَانٍ، وَكَذَلك الصَّدَقَةُ عِندَنَا لمَا بَيَّنَّا.

وَأَمَّا النُّسُكُ فَيَختَصُّ بِالحَرَمِ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّ الإِرَاقَةَ لم تُعرَف قُربَةً إلا فِي زَمَانٍ أَو مَكَانٍ، وَهَذَا الدَّمُ لا يَختَصُّ بِزَمَانٍ فَتَعَيَّنَ اختِصَاصُهُ بِالمَكَانِ، وَلو اختَارَ الطَّعَامَ أَجزَأَهُ فِيهِ التَّغدِيَةُ وَالتَّعشِيَةُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعتِبَارًا بِكَفَّارَةِ اليَمِينِ.

وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يُجزِيهِ؛ لأنَّ الصَّدَقَةَ تُنبِئُ عَن التَّمليكِ وَهُوَ المَذكُورُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالآيَةُ نَزَلتْ فِي المَعْذُورِ) قَال كَعْبُ بْنُ عُجْرَةَ بِضَمِّ العَيْنِ وَسُكُونِ الجِيمِ: «مَرَّ بِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالقَمْلُ يَتَهَافَتُ عَلى وَجْهِي وَأَنَا أُوقِدُ تَحْتَ قِدْرٍ لِي، فَقَالهُ: **أَيُؤْذِيك هَوَامُّ رَأْسِك؟** فَقُلت: نَعَمْ، فَأَنْزَل اللَّهُ تَعَالى: ﴿ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فَقُلت: مَا الصِّيَامُ يَا رَسُول اللَّهِ؟ فَقَال: ثَلاثَةُ أَيَّامٍ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ» .

وَلوْلا تَفْسِيرُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لقَدَّرْنَاهُ بِستَّة أَيَّامٍ لأَنَّهُ لَّمَا تَقَدَّرَ الطَّعَامُ بِستَّة مَسَاكِينَ كَانَ القِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الصَّوْمُ سِتَّةَ أَيَّامٍ، وَالحُكْمُ فِي كُلِّ مَا اُضْطُرَّ إليْه مِمَّا لوْ فَعَلهُ غَيْرُ المُضْطَرِّ وَجَبَ عَلَيْه الدَّمُ كَذَلكَ يَجبُ عَلَيْه أَحَدُ الأَشْيَاء المَذْكُورَة.

قَوْلُهُ: (وَكَذَلكَ الصَّدَقَةُ عنْدَنَا) يَعْني خلافًا للشَّافعيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لا يُجْزِئُهُ الطَّعَامُ إلا فِي الحَرَمِ؛ لأَنَّ المَقْصُودَ به الرِّفْقُ بفُقَرَاء الحَرَمِ وَوُصُولُ المَنْفَعَة إليْهِمْ. وَقَوْلُهُ: (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةً إلى قَوْله: (لأَنَّهُ عبَادَةٌ فِي كُلِّ مَكَان). وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا النُّسُكُ) يُقَالُ: نَسَكَ للَّه نُسُكًا وَمَنْسَكًا: إذَا ذَبحَ لوَجْهِه، ثُمَّ قَالُوا: لكُلِّ عبَادَة نُسُكٌ، وَمنْهُ قَوْله تَعَالى: ﴿ قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي ﴾ [الأنعام: ١٦٢].

وَالمُرَادُ به هَهُنَا **الهَدْيُ الَّذي يَذْبَحُهُ فِي الحَرَمِ بطَرِيقِ الجَزَاء** عَمَّا بَاشَرَهُ منْ مَحْظُورَات الإِحْرَامِ كَالطِّيب وَالحَلقِ فِي حَالة العُذْرِ، وَذَلكَ مَخْصُوصٌ بالحَرَمِ بالاتِّفَاق (؛ لأَنَّ الإرَاقَةَ لمْ تُعْرَفْ قُرْبَةً إلا فِي زَمَان) كَالأُضْحيَّة وَهَدْي المُتْعَة وَالقرَان فِي أَيَّامِ النَّحْرِ (أَوْ فِي مَكَان) كَمَا فِي دمَاء الكَفَّارَات، قَال اللَّهُ تَعَالى فِي جَزَاء الصَّيْد ﴿ هَدْيَا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ [المائدة: ٩٥]؛ وَذَلكَ وَاجبٌ بطَرِيقِ الكَفَّارَة، (وَهَذَا الدَّمُ لا يَخْتَصُّ بزَمَان فَتَعَيَّنَ اخْتصَاصُهُ بالمَكَان) وَهُوَ الحَرَمُ، وَليْسَ المَعْنَى بالاخْتصَاص إرَاقَةَ الدَّمِ لا غَيْرَ؛ لأَنَّهُ تَلويثُ الحَرَمِ إنَّمَا المَقْصُودُ هُوَ التَّصَدُّقُ باللَّحْمِ بَعْدَ الذَّبْحِ، فَعَليْه أَنْ يَتَصَدَّقَ بلحْمه عَلى فُقَرَاء الحَرَمِ وَغَيْرِهمْ عنْدَنَا.

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ اخْتَارَ الطَّعَامَ أَجْزَأَهُ) ظَاهرٌ، وَأَبُو يُوسُفَ نَظَرَ إلى كَفَّارَة اليَمين فِي القرَان فَإِنَّهُ ذُكرَ بلفْظ الإطْعَامِ وَهُوَ يُفيدُ الإبَاحَةَ وَإلى تَفْسير النَّبيِّ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ

فَإِنَّهُ قَالَ: «أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ» وَمُحَمَّدٌ نَظَرَ إِلَى قَوْلِهِ: أَوْ صَدَقَةٍ فَإِنَّهَا تُنْبِئُ عَنْ التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ كَفَّارَةِ اليَمِينِ فَإِنَّ المَذْكُورَ فِيهَا الإِطْعَامُ لا الصَّدَقَةُ.

فصل

(فَإِن نَظَرَ إلى فَرجِ امرَأَتِهِ بِشَهوَةٍ فَأَمنَى لا شَيءَ عَلَيهِ)؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ هُوَ الجِمَاعُ وَلَم يُوجَد فَصَارَ كَمَا لو تَفَكَّرَ فَأَمنَى (وَإِن قَبَّلَ أَو لَمَسَ بِشَهوَةٍ فَعَلَيهِ دَمٌ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ يَقُولُ: إذَا مَسَّ بِشَهوَةٍ فَأَمنَى، وَلا فَرقَ بَينَ مَا إذَا أَنزَلَ أَو لم يُنزِل ذَكَرَهُ فِي الأَصلِ. وَكَذَا الجَوَابُ فِي الجِمَاعِ فِيمَا دُونَ الفَرجِ.

وَعَن الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ إنَّمَا يُفسِدُ إحرَامَهُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ إذَا أَنزَلَ وَاعتَبَرَهُ بِالصَّومِ. وَلنَا أَنَّ فَسَادَ الحَجِّ يَتَعَلَّقُ بِالجِمَاعِ وَلِهَذَا لا يَفسُدُ بِسَائِرِ المَحظُورَاتِ، وَهَذَا لَيسَ بِجِمَاعٍ مَقصُودٍ فَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالجِمَاعِ إلا أَنَّ فِيهِ مَعنَى الاستِمتَاعِ وَالارتِفَاقِ بِالمَرأَةِ وَذَلكَ مَحظُورُ الإحرَامِ فَيَلزَمُهُ الدَّمُ بِخِلافِ الصَّومِ؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ فِيهِ قَضَاءُ الشَّهوَةِ، وَلا يَحصُلُ بِدُونِ الإِنزَالِ فِيمَا دُونَ الفَرجِ.

الشرح:

(فَصلٌ): قَدَّمَ جِنَايَةَ الطِّيبِ وَنَحْوِهَا عَلَى جِنَايَةِ الجِمَاعِ وَدَوَاعِيهِ،؛ لأَنَّ الطِّيبَ وَاللُّبْسَ كَالوَسِيلَةِ لِلجِمَاعِ وَالوَسَائِلُ تُقَدَّمُ، وَلِهَذَا قَدَّمَ فِي هَذَا الفَصْلِ ذِكْرَ دَوَاعِي الجِمَاعِ عَلَيْهِ، (فَإِنْ نَظَرَ) المُحْرِمُ (إِلَى فَرْجِ امْرَأَتِهِ) أَيْ: إِلَى دَاخِلِ فَرْجِهَا وَهُوَ مَوْضِعُ البَكَارَةِ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ عِنْدَ كَوْنِهَا مُنْكَبَّةً (بِشَهْوَةٍ فَأَمْنَى) أَيْ: أَنْزَلَ المَنِيَّ (لا شَيْءَ عَلَيْهِ) مِنْ الكَفَّارَةِ (؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ هُوَ الجِمَاعُ) وَهُوَ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ عَلَى سَبِيلِ الاجْتِمَاعِ صُورَةً وَهُوَ الإِيلاجُ وَمَعْنًى وَهُوَ الإِنْزَالُ.

(وَلَمْ يُوجَدْ) ذَلِكَ (فَصَارَ كَمَا لَوْ تَفَكَّرَ فَأَمْنَى)، فَإِنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِمَا قُلْنَا، (فَإِنْ قَبَّلَ أَوْ لَمَسَ بِشَهْوَةٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ)، سَوَاءٌ أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنْزِل عَلَى رِوَايَةِ الأَصْلِ، (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ) شَرْطُ الإِنْزَالِ حَيْثُ قَالَ: (إِذَا مَسَّ بِشَهْوَةٍ فَأَمْنَى)، وَلِهَذَا ذَكَرَ رُوَاةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَكَذَا الجَوَابُ فِي الجِمَاعِ فِيمَا دُونَ الفَرْجِ) مِنْ الإِدْخَالِ بَيْنَ الفَخِذَيْنِ وَالسُّرَّةِ فَإِنَّ الفَرْجَ يُرَادُ بِهِ القُبُلُ وَالدُّبُرُ فَمَا دُونَهُ يَكُونُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَ) رُوِيَ (عَنْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا أَنْزَلَ فَسَدَ إِحْرَامُهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ)

يَعْنِي التَّقْبِيل بِشَهْوَةٍ وَالمَسَّ بِشَهْوَةٍ وَالجِمَاعَ فِيمَا دُونَ الفَرْجِ (وَاعْتُبِرَ ذَلِكَ بِالصَّوْمِ) فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَفْسُدُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَنْزَلَ، لأَنَّهُ مُوَاقَعَةٌ مَعْنًى.

(وَلَنَا) عَلَى أَنَّ الإِحْرَامَ لا يَفْسُدُ وَأَنَّ الإِنْزَال لَيْسَ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الكَفَّارَةِ فِي هَذِهِ الصُّوَرِ (أَنَّ فَسَادَ الحَجِّ يَتَعَلَّقُ بِالجِمَاعِ؛ لأَنَّهُ لا يَفْسُدُ بِغَيْرِهِ مِنْ المَحْظُورَاتِ) بِالإِجْمَاعِ، (وَهَذَا لَيْسَ بِجِمَاعٍ) فَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ فَسَادُ الحَجِّ إلا أَنَّ فِيهِ مَعْنَى الاسْتِمْتَاعِ وَالارْتِفَاقِ بِالمَرْأَةِ وَذَلِكَ مِنْ مَحْظُورَاتِ الإِحْرَامِ، لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ دَوَاعِيَ الجِمَاعِ مُلْحَقَةٌ بِهِ (فَيَلزَمُهُ الدَّمُ).

وَقَوْلُهُ: (بِخِلافِ الصَّوْمِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِالصَّوْمِ (لأَنَّ المُحَرَّمَ فِيهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ) حَيْثُ كَانَ رُكْنُهُ الكَفَّ عَنْهَا، وَقَضَاؤُهَا بِدُونِ الإِنْزَال فِيمَا دُونَ الفَرْجِ لا يَتَحَقَّقُ.

(وَإِن جَامَعَ فِي أَحَدِ السَّبِيلينِ قَبلَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ فَسَدَ حَجُّهُ وَعَلَيهِ شَاةٌ، وَيَمضِي فِي الحَجِّ كَمَا يَمضِي مَن لَم يُفسِدهُ، وَعَلَيهِ القَضَاءُ) وَالأَصلُ فِيهِ مَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُول اللَّه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ سُئِل عَمَّن وَاقَعَ امرَأَتَهُ وَهُمَا مُحرِمَانِ بِالحَجِّ قَالَ: يُرِيقَانِ دَمًا وَيَمضِيَانِ فِي حَجَّتِهِمَا وَعَلَيهِمَا الحَجُّ مِن قَابِلٍ»[1] وَهَكَذَا نُقِل عَن جَمَاعَةٍ مِن الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُم.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ بَدَنَةٌ اعتِبَارًا بِمَا لو جَامَعَ بَعدَ الوُقُوفِ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِ إطلاقُ مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ القَضَاءَ لَمَّا وَجَبَ وَلا يَجِبُ إلا لاستِدرَاكِ المَصلحَةِ خَفَّ مَعنَى الجِنَايَةِ فَيَكتَفِي بِالشَّاةِ بِخِلافِ مَا بَعدَ الوُقُوفِ؛ لأَنَّهُ لا قَضَاءَ. ثُمَّ سَوَّى بَينَ السَّبِيلينِ.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ فِي غَيرِ القُبُل مِنهُمَا لا يُفسِدُ لتَقَاصُرِ مَعنَى الوَطءِ فَكَانَ عَنهُ رِوَايَتَانِ (وَليسَ عَليهِ أَن يُفَارِقَ امرَأَتَهُ فِي قَضَاءِ مَا أَفسَدَاهُ) عِندَنَا خِلافًا لمَالكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا خَرَجَا مِن بَيتِهِمَا. وَلزَفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا أَحرَمَا. وَللشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا انتَهَيَا إلى المَكَانِ الَّذِي جَامَعَهَا فِيهِ.

لهُم أَنَّهُمَا يَتَذَاكَرَانِ ذَلكَ فَيَقَعَانِ فِي المُوَاقَعَةِ فَيَفتَرِقَانِ. وَلَنَا أَنَّ الجَامِعَ بَينَهُمَا وَهُوَ النِّكَاحُ قَائِمٌ فَلا مَعنَى للافتِرَاقِ قَبل الإِحرَامِ لإِبَاحَةِ الوِقَاعِ وَلا بَعدَهُ؛ لأَنَّهُمَا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٧٧٨)، وانظر نصب الراية (٣/١٤٩).

يَتَذَاكَرَانِ مَا لحِقهُمَا مِن المَشَقَّةِ الشَّدِيدَةِ بِسَبَبِ لذَّةٍ يَسِيرَةٍ فَيَزدَادَانِ نَدمًا وَتَحَرُّزًا فَلا مَعنَى للافتِرَاقِ.

الشرح:

(وَإِنْ **جَامَعَ فِي أَحَدِ السَّبِيلَيْنِ قَبْل الوُقُوف بعَرَفَة** فَسَدَ حَجُّهُ، وَعَلَيْه شَاةٌ وَيَمْضِي فِي الحَجِّ) بأَدَاء أَفْعَاله (كَمَا يَمْضِي: مَنْ لَمْ يَفْسُدْ حَجُّهُ. وَالأَصْلُ فِيه مَا رُوِيَ " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِل عَمَّنْ وَاقَعَ امْرَأَتَهُ وَهُمَا مُحْرِمَان بالحَجِّ قَال: «**يُرِيقَان دَمًا وَيَمْضِيَان فِي حَجَّتِهِمَا، وَعَلَيْهِمَا الحَجُّ مِنْ قَابِلٍ**»)، وَلا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا أَوْ هِيَ نَائِمَةً أَوْ مُكْرَهَةً، (وَهَكَذَا) يَعْنِي مِثْل مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ.

(نُقِل عَنْ جَمَاعَةٍ مِنْ الصَّحَابَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ بَدَنَةٌ كَمَا لوْ جَامَعَ بَعْدَ الوُقُوف) وَالجَامِعُ تَغَلُّظُ الجِنَايَة، (وَالحُجَّةُ عَلَيْه إِطْلَاقُ مَا رَوَيْنَا) وَهُوَ قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " يُرِيقَانِ دَمًا " ذَكَرَهُ مُطْلَقًا، فَيَتَنَاوَلُ الشَّاةَ؛ لأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ. فَإِنْ قِيل: المُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلى الكَامِل وَالجَزُورُ كَامِلٌ فَيَنْصَرِفُ إليْه. فَالجَوَابُ أَنَّ المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلى الكَامِل إذَا لَمْ يَكُنْ مَا يَمْنَعُهُ، وَهُوَ هَهُنَا مَوْجُودٌ؛ لأَنَّ الجِمَاعَ قِيل: الوُقُوفُ لَمَّا كَانَ سَبَبًا للقَضَاء خَفَّ مَعْنَى الجِنَايَة لاسْتِدْرَاكِ المَصْلَحَة الفَائِتَة بالقَضَاء.

فَلوْ أَوْجَبْنَا البَدَنَةَ لزِمَ إِيجَابُ الجَزَاءِ الغَلِيظِ فِي مُقَابَلة جِنَايَة خَفِيفَة وَهُوَ خِلافُ مُقْتَضَى الحِكْمَة، بخِلاف مَا إذَا كَانَ بَعْدَ الوُقُوف فَإِنَّ الجِنَايَةَ لَمْ تَخِفَّ لعَدَمِ وُجُوبِ القَضَاء، فَإِيجَابُ البَدَنَة فِي مُقَابَلتِهَا عَلى مُقْتَضَى الحِكْمَة، وَإِلى هَذَا أَشَارَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْله: وَلأَنَّ القَضَاءَ لَمَّا وَجَبَ إلخْ.

(وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الجِمَاعَ فِي غَيْرِ القُبُل مِنْهُمَا) أَيْ: مِنْ السَّبِيلَيْنِ، وَقِيل مِنْ الرَّجُل وَالمَرْأَة (لا يُفْسِدُهُ لتَقَاصُرِ مَعْنَى الوَطْءِ)، وَلهَذَا لَمْ يُوجِبْ الحَدَّ وَلا يَجِبُ المَهْرُ بالإِجْمَاعِ. وَفِي رِوَايَةٍ: يُفْسِدُهُ لأَنَّهُ كَامِلٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ ارْتِفَاقٌ. وَعِنْدَهُمَا يُفْسِدُهُ؛ لأَنَّهُ يُوجِبُ الحَدَّ.

وَقَوْلُهُ: (وَليْسَ عَليْه أَنْ يُفَارِقَ امْرَأَتَهُ) الأَصْلُ فِيه أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا: إذَا رَجَعَا للقَضَاء يَفْتَرِقَان، مَعْنَاهُ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِد مِنْهُمَا فِي طَرِيقٍ غَيْرِ طَرِيقِ صَاحِبِهِ، فَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخَذَ بِظَاهِرِ هَذَا اللَّفْظ فَقَال: كَمَا خَرَجَا مِنْ بَيْتِهِمَا فَعَليْهِمَا

أَنْ يَفْتَرِقَا. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَفْتَرِقَان مِنْ وَقْتِ الإِحْرَامِ؛ لأَنَّ الافْتِرَاقَ نُسُكٌ بِقَوْل الصَّحَابَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: وَوَقْتُ أَدَاءِ النُّسُك بَعْدَ الإِحْرَام، وَهَذَا المَعْنَى لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لأَنَّ القَضَاءَ يَحْكِي الأَدَاءَ، فَمَا لَمْ يَكُنْ نُسُكًا فِي الأَدَاءِ لا يَكُونُ نُسُكًا فِي القَضَاءِ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا قَرُبَا مِنْ المَكَان الَّذِي جَامَعَهَا فِيه يَفْتَرِقَان؛ لأَنَّهُمَا لا يَأْمَنَان إِذَا وَصَلا إِلى ذَلكَ المَوْضِعِ أَنْ تَهِيجَ بِهِمَا الشَّهْوَةُ فَيُوَاقِعهَا. وَالمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ دَليلَنَا عَلى وَجْهٍ هُوَ دَافِعٌ لأَقْوَالِهِمْ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَنَقُولُ: مُرَادُ الصَّحَابَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَان عَلَى سَبِيل النَّدْب إِنْ خَافَا عَلى أَنْفُسِهِمَا الفِتْنَةَ. كَمَا يُنْدَبُ للشَّابِّ الامْتِنَاعُ عَنْ التَّقْبِيل فِي حَالَة الصَّوْمِ إِذَا كَانَ لا يَأْمَنُ عَلى نَفْسه مَا سِوَاهُ.

(وَمَن جَامَعَ بَعدَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ لم يَفسُد حَجُّهُ وَعَلَيهِ بَدَنَةٌ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ فِيمَا إِذَا جَامَعَ قَبل الرَّميِ؛ لقَولهِ ﷺ: «مَن وَقَفَ بِعَرَفَةَ فقَد تَمَّ حَجُّهُ»[1] وَإِنَّمَا تَجِبُ البَدَنَةُ لقَول ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا أَو؛ لأَنَّهُ أَعلى أَنوَاعِ الارتِفَاقِ فَيَتَغَلَّظُ مُوجِبُهُ.

الشرح:

(وَمَنْ **جَامَعَ بَعْدَ الوُقُوف بِعَرَفَةَ** لَمْ يَفْسُدْ حَجُّهُ وَعَلَيْه بَدَنَةٌ خلافًا للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا إِذَا جَامَعَ قَبْل رَمْيِ جَمْرَة العَقَبَة) فَإِنَّ حَجَّهُ يَفْسُدُ؛ لأَنَّ إِحْرَامَهُ قَبْل الرَّمْيِ مُطْلَقٌ، أَيْ: كَاملٌ حَيْثُ لا يَحلُّ لهُ شَيْءٌ ممَّا هُوَ حَرَامٌ عَلى المُحْرِمِ، وَالجمَاعُ فِي الإِحْرَامِ المُطْلق مُفْسدٌ للحَجِّ كَمَا إِذَا كَانَ قَبْل الوُقُوف، بخلاف مَا بَعْدَ الرَّمْيِ فَإِنَّهُ قَدْ جَاءَ أَوَانُ التَّحَلُّل وَحَلَّ لهُ الحَلقُ الَّذي كَانَ حَرَامًا عَلى المُحْرِمِ.

وَقَوْلُهُ: (لقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ) دَليلُنَا. وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّهُ ﷺ قَال: «**مَنْ وَقَفَ بعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ**» وَلَيْسَ المُرَادُ بِه التَّمَام منْ حَيْثُ أَدَاءُ الأَفْعَال بالاتِّفَاق لبَقَاء بَعْضِ الأَرْكَان، فَكَانَ المُرَادُ به التَّمَامَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَأْمَنُ منْ الفَسَاد بَعْدَهُ لتَأَكُّد حَجِّه بالوُقُوف، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَأْمَنُ الفَوَاتَ بَعْدَ الوُقُوف، فَكَمَا يَثْبُتُ حُكْمُ التَّأَكُّد فِي الأَمْنِ عَنْ الفَوَات كَذَلكَ يَثْبُتُ فِي الأَمْنِ عَنْ الفَسَاد.

فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لَمَا وَجَبَتْ البَدَنَةُ؛ لأَنَّ الشَّيْءَ بَعْدَ تَمَامه لا يَقْبَلُ الجنَايَةَ فَلا يَقْتَضِي جَزَاءً. أَجَابَ بِقَوْلهِ (وَإِنَّمَا تَجبُ البَدَنَةُ لقَوْل ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا)

(١) سبق تخريجه.

وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَامَعَ قَبْلَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ فَسَدَ نُسُكُهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ، وَإِذَا جَامَعَ بَعْدَ الوُقُوفِ فَحَجَّتُهُ تَامَّةٌ وَعَلَيْهِ بَدَنَةٌ. وَرُوِيَ أَنَّهُ قَالَ: لا تَجِبُ البَدَنَةُ فِي الحَجِّ إِلا فِي مَوْضِعَيْنِ: مَنْ جَامَعَ بَعْدَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا أَوْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مُخَالِفٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الإِجْمَاعِ. وَقِيلَ: مِثْلُهُ لا مَدْخَلَ لِلرَّأْيِ فِيهِ فَكَانَ مَسْمُوعًا.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ لأَنَّهُ) قِيلَ إِنَّمَا ذُكِرَ بِكَلِمَةِ أَوْ لِكَوْنِ أَثَرِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا غَيْرَ مَشْهُورٍ فَأَتَى بِهَا لِيَكُونَ مُتَمَسِّكًا بِأَحَدِهِمَا، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ المَطْلُوبَ إِثْبَاتُ الوُجُوبِ وَهُوَ يَثْبُتُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ لا يَتَوَقَّفُ عَلَى الاشْتِهَارِ، وَلَعَلَّهُ أَتَى بِأَحَدِ الجَائِزَيْنِ فَلا يُسْأَلُ عَنْ كَمِّيَّتِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الجِمَاعَ أَعْلَى الارْتِفَاقَاتِ لِوُفُورِ لَذَّتِهِ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَغَلَّظُ مُوجِبُهُ لِوُجُوبِ التَّطَابُقِ بَيْنَ المُوجِبِ وَالمُوجَبِ بِمُقْتَضَى الحِكْمَةِ.

(وَإِن جَامَعَ بَعدَ الحلَقِ فَعَلَيهِ شَاةٌ) لِبَقَاءِ إِحرَامِهِ فِي حَقِّ النِّسَاءِ دُونَ لُبسِ المَخِيطِ، وَمَا أَشبَهَهُ فَخَفَّت الجِنَايَةُ فَاكتَفَى بِالشَّاةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِنْ جَامَعَ بَعْدَ الحَلقِ فَعَلَيْهِ شَاةٌ) ظَاهِرٌ.

(وَمَن جَامَعَ فِي العُمرَةِ قَبلَ أَن يَطُوفَ أَربَعَةَ أَشوَاطٍ فَسَدَت عُمرَتُهُ فَيَمضِي فِيهَا وَيَقضِيهَا وَعَلَيهِ شَاةٌ. وَإِذَا جَامَعَ بَعدَمَا طَافَ أَربَعَةَ أَشوَاطٍ أَو أَكثَرَ فَعَلَيهِ شَاةٌ وَلا تَفسُدُ عُمرَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَفسُدُ فِي الوَجهَينِ وَعَلَيهِ بَدَنَةٌ اعتِبَارًا بِالحَجِّ إِذ هِيَ فَرضٌ عِندَهُ كَالحَجِّ. وَلَنَا أَنَّهَا سُنَّةٌ فَكَانَت أَحَطَّ رُتبَةً مِنهُ فَتَجِبُ الشَّاةُ فِيهَا وَالبَدَنَةُ فِي الحَجِّ إِظهَارًا لِلتَّفَاوُتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **جَامَعَ فِي العُمْرَةِ**) بَيَانُ الجِنَايَةِ عَلَى إِحْرَامِ العُمْرَةِ وَهُوَ وَاضِحٌ، لَكِنْ يُتَوَهَّمُ مِنْهُ تَفْضِيلُ طَوَافِ العُمْرَةِ عَلَى طَوَافِ الزِّيَارَةِ فَإِنَّهُ إِذَا **جَامَعَ بَعْدَمَا طَافَ لِطَوَافِ الزِّيَارَةِ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ** لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي طَوَافِ العُمْرَةِ فَعَلَيْهِ شَاةٌ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ حَيْثُ التَّفْضِيلُ بَلْ مِنْ حَيْثُ مَحَلُّ الجِنَايَةِ، وَذَلِكَ؛ لأَنَّ طَوَافَ الزِّيَارَةِ عَلَى الوَجْهِ المَسْنُونِ فِي التَّرْتِيبِ إِنَّمَا

يُؤْتَى بِهِ بَعْدَ التَّحَلُّلِ بِالحَلقِ أَوْ التَّقْصِيرِ.

غَايَةُ مَا فِي البَابِ أَنَّ حُكْمَهُ تَأَخَّرَ فِي حَقِّ النِّسَاءِ لَمِعْنًى وَهُوَ وُقُوعُ الرُّكْنِ فِي الإِحْرَامِ فَقَامَ أَكْثَرُ أَشْوَاطِهِ مَقَامَ كُلِّهِ، بِخِلافِ العُمْرَةِ فَإِنَّ طَوَافَهَا قَبْلَ التَّحَلُّلِ، فَكَانَ ارْتِكَابُ المَحْظُورِ فِي مَحْضِ الإِحْرَامِ فَيَجِبُ الدَّمُ وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنْ لَمْ يَحْلِقْ قَبْلَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ وَجَامَعَ بَعْدَمَا طَافَ لَهَا أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ كَمَا فِي طَوَافِ العُمْرَةِ لِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَفْسُدُ فِي الوَجْهَيْنِ) أَيْ: فِيمَا إِذَا جَامَعَ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ وَبَعْدَهُ؛ لأَنَّهُمَا سِيَّانِ فِي إِفْسَادِ الحَجِّ عِنْدَهُ فَكَذَلِكَ فِي العُمْرَةِ؛ لأَنَّهَا عِنْدَهُ فَرِيضَةٌ كَالحَجِّ.

(وَمَن جَامَعَ نَاسِيًا كَانَ كَمَن جَامَعَ مُتَعَمِّدًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جِمَاعُ النَّاسِي غَيرُ مُفسِدٍ للحَجِّ. وَكَذَا الخِلافُ فِي جِمَاعِ النَّائِمَةِ وَالمُكرَهَةِ. هُوَ يَقُولُ: الحَظرُ يَنعَدِمُ بِهَذِهِ العَوَارِضِ فَلم يَقَع الفِعلُ جِنَايَةً. وَلَنَا أَنَّ الفَسَادَ بِاعتِبَارِ مَعنَى الارتِفَاقِ فِي الإِحرَامِ ارتِفَاقًا مَخصُوصًا، وَهَذَا لا يَنعَدِمُ بِهَذِهِ العَوَارِضِ، وَالحَجُّ لَيسَ فِي مَعنَى الصَّومِ؛ لأَنَّ حَالاتِ الإِحرَامِ مُذَكِّرَةٌ بِمَنزِلَةِ حَالاتِ الصَّلاةِ بِخِلافِ الصَّومِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: **جِمَاعُ النَّاسِي** غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلحَجِّ) لَوْ قَالَ لِلإِحْرَامِ كَانَ أَشْمَلَ لِيَتَنَاوَلَ العُمْرَةَ، جَعَلَ النِّسْيَانَ غَيْرَ مُؤَثِّرٍ فِي فَسَادِهِ كَمَا فِي الصَّوْمِ، وَجَعَلَ الإِكْرَاهَ وَالنَّوْمَ كَالنِّسْيَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الإِكْرَاهَ لَمَّا أَبَاحَ الإِقْدَامَ وَأَعْدَمَ أَصْلَ الفِعْلِ مَعَ كَوْنِهِ قَاصِدًا كَانَ النَّوْمُ أَوْلَى لانْتِفَاءِ القَصْدِ.

وَإِذَا انْعَدَمَ الفِعْلُ لَمْ يَكُنْ جِنَايَةً (وَلَنَا أَنَّ الفَسَادَ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الارْتِفَاقِ فِي الإِحْرَامِ ارْتِفَاقًا مَخْصُوصًا) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِعَيْنِ الجِمَاعِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ فَلَا رَفَثَ ﴾ [البقرة: ١٩٧] الآيَةَ، وَالرَّفَثُ اسْمٌ لِلجِمَاعِ (وَهُوَ لا يَنْعَدِمُ بِهَذِهِ العَوَارِضِ، وَالحَجُّ لَيْسَ فِي مَعْنَى الصَّوْمِ) لِوُجُودِ المُذَكِّرِ وَهُوَ حَالَةُ الإِحْرَامِ (بِخِلافِ الصَّوْمِ) فَإِنَّهُ لا مُذَكِّرَ لَهُ.

فَصلٌ

(وَمَن طَافَ طَوَافَ القُدُومِ مُحدِثًا فَعَلَيهِ صَدَقَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا

يُعتَدُّ بِهِ لقَولِهِ ﷺ: «الطَّوَافُ بِالبَيتِ صَلاةٌ» إلا أَنَّ اللَّهَ تَعَالى أَبَاحَ فِيهِ المَنطِقَ فَتَكُونُ الطَّهَارَةُ مِن شَرطِهِ. وَلَنَا قَولُه تَعَالى: ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ [الحج: ٢٩] مِن غَيرِ قَيدِ الطَّهَارَةِ فَلَم تَكُن فَرضًا.

ثُمَّ قِيلَ: هِيَ سُنَّةٌ، وَالأَصَحُّ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لأَنَّهُ يَجِبُ بِتَركِهَا الجَابِرُ؛ وَلأَنَّ الخَبَرَ يُوجِبُ العَمَلَ فَيَثبُتُ بِهِ الوُجُوبُ، فَإِذَا شَرَعَ فِي هَذَا الطَّوَافِ وَهُوَ سُنَّةٌ، يَصِيرُ وَاجِبًا بِالشُّرُوعِ وَيَدخُلُهُ نَقصٌ بِتَركِ الطَّهَارَةِ فَيُجبَرُ بِالصَّدَقَةِ إِظهَارًا لِدُنُوِّ رُتبَتِهِ عَنِ الوَاجِبِ بِإِيجَابِ اللَّهِ، وَهُوَ طَوَافُ الزِّيَارَةِ، وَكَذَا الحُكمُ فِي كُلِّ طَوَافٍ هُوَ تَطَوُّعٌ.

الشرح:

فَصلٌ

لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ الجِنَايَةِ عَلَى الإِحْرَامِ ذَكَرَ الجِنَايَةَ عَلَى الطَّوَافِ الَّذِي هُوَ بَعْدَ الإِحْرَامِ فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ قَوْلُهُ: (وَمَنْ **طَافَ طَوَافَ القُدُومِ مُحْدِثًا**) طَوَافَ القُدُومِ مُحْدِثًا مُعْتَد به عِنْدَنَا وَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ (وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُعْتَدُّ بِهِ) وَلا يُجْبَرُ بِشَيْءٍ؛ (لِقَوْله ﷺ: «**الطَّوَافُ بِالبَيْت صَلاةٌ**»).

وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّهُ ﷺ شَبَّهَ الطَّوَافَ بِالصَّلاةِ وَلَيْسَ بَيْنَ ذَاتَيْهِمَا مِنْ مُشَابَهَةٍ؛ لأَنَّ ذَاتَ الطَّوَافِ وَهُوَ الدَّوَرَانُ مِمَّا يَنْتَفِي بِهِ ذَاتُ الصَّلاةِ، فَيَكُونُ الْمُرَادُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الصَّلاةِ وَمِنْ حُكْمِهَا عَدَمُ الاعْتِدَادِ بِدُونِ الطَّهَارَةِ (وَلَنَا قَوْله تَعَالى: ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ [الحج: ٢٩] وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ اللَّهَ تَعَالى أَمَرَ بِالطَّوَافِ وَهُوَ الدَّوَرَانُ حَوْل الكَعْبَةِ مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الطَّهَارَةِ فَلَمْ يَكُنْ فَرْضًا بِالآيَةِ، وَلا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْه بِخَبَرِ الوَاحِدِ؛ لأَنَّهَا نَسْخٌ.

(ثُمَّ قِيل هِيَ سُنَّةٌ) وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ شُجَاعٍ (وَالأَصَحُّ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ؛ (لأَنَّهُ يَجِبُ بِتَرْكِهَا الجَابِرُ) وَهُوَ إِمَّا الدَّمُ عَلَى مَا قَال بِه بَعْضُ مَشَايِخِ العِرَاقِ أَوْ الصَّدَقَةُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ يَجِبُ بِتَرْكِه جَابِرٌ فَهُوَ وَاجِبٌ؛ (وَلأَنَّ الخَبَرَ يُوجِبُ العَمَلَ) دُونَ العِلمِ (فَيَثْبُتُ بِهِ الوُجُوبُ) دُونَ الفَرْضِيَّةِ.

قَال: (فَإِذَا شَرَعَ فِي هَذَا الطَّوَافِ) دَلِيلٌ عَلَى وُجُوبِ الصَّلاةِ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهَا

سُنَّةً، وَذَلِكَ لأَنَّ الشُّرُوعَ فِي النَّفْل مُلزِمٌ فِي الحَجِّ بالاتِّفَاق فَيصِيرُ الطَّوَافُ وَاجبًا (وَيَدْخُلُهُ نَقْصٌ بتَرْكِ الطَّهَارَةِ فَيُجْبَرُ بالصَّدَقَة إظْهَارًا لدُنُوِّ رُتْبَته عَنْ الوَاجب بإيجَاب اللَّه تَعَالَى وَهُوَ طَوَافُ الزِّيَارَة)، وَفيه بَحْثٌ منْ وَجْهَيْن: أَحَدهمَا أَنَّ دُخُول النَّقْص بتَرْكِهَا عَلَى تَقْدير كَوْنهَا سُنَّةً منْ حَيِّز النِّزَاع فَلا يُؤْخَذُ في الدَّليل، وَالثَّاني أَنَّهُ مَنْقُوضٌ بالصَّلاة النَّافلة، فَإنَّهُ إذَا دَخلهَا نَقْصٌ تَنْجَبرُ بسَجْدَة السَّهْو كَمَا يَنْجَبرُ الفَرْضُ بهَا وَلَمْ يَظْهَرْ دُنُوُّ رُتْبَة النَّفْل عَنْ رُتْبَة الفَرْض فيهَا فَلْيَكُنْ هَهُنَا أَيْضًا كَذَلكَ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ تَرْكَ السُّنَّة يُوجبُ نَقْصًا وَيَنْجَبرُ بالكَفَّارَة، أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ **أَفَاضَ منْ عَرَفَات قَبْلَ الإمَامِ** وَجَبَ عَلَيْه دَمٌ. قَال مُحَمَّدٌ: رَحمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ تَرَكَ سُنَّةَ الدَّفْعِ، وَعَنْ الثَّاني بأَنَّ الشَّرْعَ جَعَل الجَابرَ في الصَّلاة نَوْعًا وَاحدًا فَلا مَصيرَ إلَى غَيْره وَفي الحَجِّ جَعَلَهُ مُتَنَوِّعًا فَأَمْكَنَ المَصيرُ إلَى مَا تَبينُ به رُتْبَةُ النَّفْل عَنْ الفَرْض، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى روَايَة القُدُوريِّ اخْتَارَهَا المُصَنِّفُ، وَأَمَّا عَلَى مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاويُّ وَشَيْخُ الإسْلامِ أَنَّهُ إذَا طَافَ طَوَافَ التَّحيَّة مُحْدثًا فَلا شَيْءَ عَلَيْه؛ لأَنَّهُ لوْ تَرَكَهُ أَصْلا لَمْ يَجبْ عَلَيْه شَيْءٌ فَكَذَا إذَا أَتَى به مُحْدثًا فَلا يَحْتَاجُ إلَى شَيْءٍ منْ هَذه التَّكَلُّفَات.

(وَلو طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ مُحدِثًا فَعَليهِ شَاةٌ) لأَنَّهُ أَدخَل النُّقصَ فِي الرُّكنِ فَكَانَ أَفحَشَ مِن الأَوَّل فَيُجبَرُ بِالدَّمِ (وَإِن كَانَ جُنُبًا فَعَليهِ بَدَنَةٌ) كَذَا رُوِيَ عَن ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عنهُمَا؛ وَلأَنَّ الجَنَابَةَ أَغلَظُ مِن الحَدَثِ فَيَجِبُ جَبرُ نُقصَانِهَا بِالبَدَنَةِ إظهَارًا للتَّفَاوُتِ، وَكَذَا إذَا طَافَ أَكثَرَهُ جُنُبًا أَو مُحدِثًا، لأَنَّ أَكثَرَ الشَّيءِ لهُ حُكمُ كُلِّهِ (وَالأَفضَلُ أَن يُعِيدَ الطَّوَافَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ وَلا ذَبحَ عَليهِ) وَفِي بَعضِ النُّسَخِ: وَعَليهِ أَن يُعِيدَ.

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُؤمَرُ بِالإِعَادَةِ فِي الحَدَثِ استِحبَابًا وَفِي الجَنَابَةِ إيجَابًا لفُحشِ النُّقصَانِ بِسَبَبِ الجَنَابَةِ وَقُصُورِهِ بِسَبَبِ الحَدَثِ. ثُمَّ إذَا أَعَادَهُ وَقَد طَافَهُ مُحدِثًا لا ذَبحَ عَليهِ وَإِن أَعَادَهُ بَعدَ أَيَّامِ النَّحرِ؛ لأَنَّ بَعدَ الإِعَادَةِ لا يَبقَى إلا شُبهَةُ النُّقصَانِ، وَإِن أَعَادَهُ وَقَد طَافَهُ جُنُبًا فِي أَيَّامِ النَّحرِ فَلا شَيءَ عَليهِ لأَنَّهُ أَعَادَهُ فِي وَقتِهِ، وَإِن أَعَادَهُ بَعدَ أَيَّامِ النَّحرِ لزِمَهُ الدَّمُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالتَّأخِيرِ عَلى مَا عُرِفَ مِن مَذهَبِهِ.

وَلو رَجَعَ إلى أَهلِهِ وَقَد طَافَهُ جُنُبًا عَليهِ أَن يَعُودَ؛ لأَنَّ النُّقصَ كَثِيرٌ فَيُؤمَرُ بِالعَودِ استِدرَاكًا لهُ وَيَعُودُ بِإِحرَامٍ جَدِيدٍ. وَإِن لم يَعُد وَبَعَثَ بَدَنَةً أَجزَأَهُ لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ جَابِرٌ لهُ، إلا

أَنَّ الأَفضَل هُوَ العودُ. ولو رجَعَ إلى أهلهِ وقد طَافَهُ مُحدِثًا إن عادَ وطَافَ جَازَ، وإن بَعثَ بالشَّاةِ فَهُوَ أَفضَلُ؛ لأَنَّهُ خفَّ معنَى النُّقصانِ وفِيهِ نَفعٌ للفُقَرَاءِ، ولو لم يَطُف طَوَافَ الزِّيَارَةِ أَصلا حتَّى رَجَعَ إلى أهلهِ فَعليهِ أَن يَعُودَ بذَلكَ الإِحرَامِ لانعِدَامِ التَّحلُّل مِنهُ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَن النِّسَاءِ أَبَدًا حتَّى يَطُوفَ.

الشرح:

(وَلَوْ **طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَة مُحْدثًا** فَعَلَيْه شَاةٌ؛ لأَنَّهُ أَدْخَلَ النَّقْصَ فِي الرُّكْنِ)، وَإِدْخَالُ النَّقْصِ فِي الرُّكْنِ أَفْحَشُ مِنْ إِدْخَاله عَلى الوَاجب، (وَإِنْ كَانَ جُنُبًا فَعَلَيْه بَدَنَةٌ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ لهُ حُكْمُ الكُلِّ) يُعْتَرَضُ عَلَيْه بِالْمُقَدَّرَات الشَّرْعِيَّة كَالصَّوْمِ وَالصَّلاةِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِنَّ الأَكْثَرَ فِيهَا لا يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ وَقَدْ قَدَّمْنَا الجَوَابَ عَنْهُ.

وَنَزِيدُ هَهُنَا بَيَانًا وَهُوَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَال: «**مَنْ وَقَفَ بعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ**» وَلَيْس ذَلكَ إِلا بِإِقَامَة الأَكْثَرِ مَقَامَ الكُلِّ، فَإِنَّ الحَجَّ لهُ فُرُوضٌ ثَلاثَةٌ: شَرْطٌ وَرُكْنَان، وَعِنْدَمَا وَقَفَ فَقَدْ حَصَلَ مِنْهَا اثْنَانِ وَهُوَ الشَّرْطُ: أَعْنِي الإِحْرَامَ وَأَحَدَ الرُّكْنَيْنِ، وَلَيْسَ فِي الْمُقَدَّرَات الشَّرْعِيَّة مثْلُهُ فَلَمْ يَكُنْ كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ: (وَالأَفْضَلُ أَنْ يُعِيدَ الطَّوَافَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ) وَجْهُ ذَلكَ أَنَّ فِيه تَحْصِيلَ الجُبْرَانِ بِمَا هُوَ مِنْ جِنْسِه فَكَانَ أَفْضَلَ.

وَقَوْلُهُ: (وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ) يُرِيدُ بِه نُسَخَ المَبْسُوط. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ إِذَا أَعَادَهُ) يَعْنِي طَوَافَ الزِّيَارَة. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعَادَهُ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ) إِنَّ هَذه للوَصْل. وَقَوْلُهُ: (لا ذَبْحَ عَلَيْه) بِنَاءً عَلى أَنَّهُ الطَّوَافُ الأَوَّلُ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ طَهَارَة مُعْتَدٌّ به، وَإِلا لزِمَ الدَّمُ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ بِالتَّأْخِير. فَإِذَا كَانَ مُعْتَدًّا به بِنُقْصَان وَقَدْ أَعَادَهُ لَمْ يَبْقَ إِلا شُبْهَةُ النُّقْصَانِ وَهِيَ نُقصَانُ الطَّوَاف بِالحَدَث وَهِيَ لا تُوجِبُ شَيْئًا.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعَادَهُ وَقَدْ طَافَ جُنُبًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعَادَهُ بَعْدَ أَيَّامِ النَّحْرِ لزِمَهُ الدَّمُ) أَيْ: الشَّاةُ؛ لأَنَّ البَدَنَةَ سَقَطَتْ بِالإِعَادَة بِالاتِّفَاق، وَإِنَّمَا هَذَا دَمٌ يَلزَمُهُ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ لتَأْخِيرِ الطَّوَاف عَنْ أَيَّامِ النَّحْر عَلى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبه أَنَّ مَنْ أَخَّرَ نُسُكًا عَنْ وَقْته يَجبُ عَلَيْه الدَّمُ، وَهَذَا الَّذي ذَكَرَهُ إِنَّمَا هُوَ عَلى اخْتيَارِ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَنَّ الْمُعْتَدَّ بِه مِنْ الطَّوَافَيْنِ إِذَا طَافَ الأَوَّل جُنُبًا إِنَّمَا هُوَ الثَّانِي وَأَنَّ الأَوَّل

يَنْفَسِخُ بِالثَّانِي، إِذْ لوْ كَانَ الأَوَّلُ لَمَا لزِمَهُ دَمُ التَّأْخِيرِ؛ لأَنَّ الأَوَّل مُؤَدًّى فِي وَقْته، بِخلاف مَا إِذَا طَافَ الأَوَّل مُحْدِثًا فَإِنَّ المُعْتَدَّ بِهِ هُوَ الأَوَّلُ لقلَّة النُّقْصَان فَكَانَ الثَّانِي جَابِرًا للنُّقْصَان المُتمكِّن فيه.

فَإِنْ قِيل: فَمَا تَقُولُ فِي مُعْتَمِرٍ طَافَ لعُمْرَته فِي رَمَضَانَ جُنُبًا **ثُمَّ أَعَادَ** طَوَافَهُ **فِي** أَشْهُرِ الحَجِّ وَحَجَّ **مِنْ عَامه ذَلِكَ** فَإِنَّهُ لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا، قَالهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الكِتَاب، وَلوْ كَانَ المُعْتَدُّ به هُوَ الثَّاني لكَانَ مُتَمَتِّعًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ المُعْتَمرَ لَمَّا طَافَ فِي رَمَضَانَ وَقَعَ الأَمْنُ عَنْ فَسَاد العُمْرَة، وَإِذَا أَمِنَ فَسَادَهَا قَبْل وَقْتِ الحَجِّ لا يَكُونُ مُتَمَتِّعًا. فَإِنْ قِيل: التَّحَلُّلُ يَحْصُلُ بِالطَّوَاف الأَوَّل فَيَكُونُ هُوَ المُعْتَدُّ بِه. أُجِيبَ بِأَنَّ الأَوَّل مُرَاعِي الحُكْمِ لتَفَاحُشِ النُّقْصَان فِيه، فَإِنْ أَعَادَهُ انْفَسَخَ الأَوَّلُ وَاعْتَدَّ بِالثَّانِي وَإِلا كَانَ هُوَ المُعْتَدَّ بِه فِي التَّحَلُّل.

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ رَجَعَ إِلى أَهْله) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ: (إلا أَنَّ الأَفْضَل هُوَ العَوْدُ) لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِ الجَابِرِ مِنْ جِنْسِ المَجْبُورِ وَهُوَ الطَّوَافُ. وَقَوْلُهُ: (وَلوْ رَجَعَ إِلى أَهْله) ظَاهِرٌ

(وَمَن طَافَ طَوَافَ الصَّدرِ مُحدِثًا فَعَلَيهِ صَدَقَةٌ) لأَنَّهُ دُونَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ، وَإِن كَانَ وَاجِبًا فَلا بُدَّ مِن إِظهَارِ التَّفَاوُتِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ تَجِبُ شَاةٌ، إِلا أَنَّ الأَوَّل أَصَحُّ (وَلو طَافَ جُنُبًا فَعَلَيهِ شَاةٌ) لأَنَّهُ نَقصٌ كَثِيرٌ، ثُمَّ هُوَ دُونَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ فَيُكتَفَى بِالشَّاةِ.

(وَمَن تَرَكَ مِن طَوَافِ الزِّيَارَةِ ثَلاثَةَ أَشوَاطٍ فَمَا دُونَهَا فَعَلَيهِ شَاةٌ) لأَنَّ النُّقصَانَ بِتَركِ الأَقَلِّ يَسِيرٌ فَأَشبَهَ النُّقصَانَ بِسَبَبِ الحَدَثِ فَتَلزَمُهُ شَاةٌ. فَلو رَجَعَ إِلى أَهلِهِ أَجزَأَهُ أَن لا يَعُودَ وَيَبعَثُ بِشَاةٍ لِمَا بَيَّنَّا (وَمَن تَرَكَ أَربَعَةَ أَشوَاطٍ بَقِيَ مُحرِمًا أَبَدًا حَتَّى يَطُوفَهَا) لأَنَّ المَترُوكَ أَكثَرُ فَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَطُف أَصلا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ النُّقْصَانَ بِتَرْك الأَقَلِّ يَسِيرٌ) إِنَّمَا كَانَ كَذَلكَ؛ لأَنَّ جَانبَ الوُجُود رَاجِحٌ. وَقَوْلُهُ: (لَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْله: لأَنَّهُ خَفَّ مَعْنَى النُّقْصَان وَفِيه نَفْعٌ للفُقَرَاء.

(وَمَن تَرَكَ طَوَافَ الصَّدرِ أَو أَربَعَةَ أَشوَاطٍ مِنهُ فَعَلَيهِ شَاةٌ) لأَنَّهُ تَرَكَ الوَاجِبَ أَو الأَكثَرَ مِنهُ، وَمَا دَامَ بِمَكَّةَ يُؤمَرُ بِالإِعَادَةِ إِقَامَةً لِلوَاجِبِ فِي وَقتِهِ (وَمَن تَرَكَ ثَلاثَةَ أَشوَاطٍ مِن طَوَافِ الصَّدرِ فَعَلَيهِ الصَّدَقَةُ، وَمَن طَافَ طَوَافَ الوَاجِبِ فِي جَوفِ الحِجرِ،

فَإِن كَانَ بِمَكَّةَ أَعَادَهُ) لأَنَّ الطَّوَافَ وَرَاءَ الحَطِيمِ وَاجِبٌ عَلى مَا قَدَّمنَاهُ.

وَالطَّوَافُ فِي جَوفِ الحِجرِ أَن يَدُورَ حَولَ الكَعبَةِ وَيَدخُلَ الفُرجَتَينِ اللَّتَينِ بَينَهَا وَبَينَ الحَطِيمِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلكَ فَقَد أَدخَلَ نَقصًا فِي طَوَافِهِ فَمَا دَامَ بِمَكَّةَ أَعَادَهُ كُلَّهُ لِيَكُونَ مُؤَدِّيًا للطَّوَافِ عَلَى الوَجهِ المَشرُوعِ (وَإِن أَعَادَ عَلَى الحِجرِ) خَاصَّةً (أَجزَأَهُ) لأَنَّهُ تَلافَى مَا هُوَ المَترُوكُ وَهُوَ أَن يَأخُذَ عَن يَمِينِهِ خَارِجَ الحَجَرِ حَتَّى يَنتَهِيَ إِلى آخِرِهِ ثُمَّ يَدخُلَ الحِجرَ مِن الفُرجَةِ وَيَخرُجَ مِن الجَانِبِ الآخَرِ هَكَذَا يَفعَلُهُ سَبعَ مَرَّاتٍ.

(فَإِن رَجَعَ إِلى أَهلِهِ وَلَم يُعِدهُ فَعَلَيهِ دَمٌ) لأَنَّهُ تَمَكَّنَ نُقصَانٌ فِي طَوَافِهِ بِتَركِ مَا هُوَ قَرِيبٌ مِن الرُّبعِ وَلا تَجزِيهِ الصَّدَقَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ مِنْهُ) يَعْنِي مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ. وَقَوْلُهُ: (**وَمَنْ تَرَكَ ثَلاثَةَ أَشْوَاطٍ مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ فَعَلَيْهِ الصَّدَقَةُ**) يَعْنِي لإِظْهَارِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ تَرْكِ الأَقَلِّ مِنْ طَوَافِ الصَّدْرِ وَالأَقَلِّ مِنْ طَوَافِ الزِّيَارَةِ، وَالمُرَادُ بِالصَّدَقَةِ هَهُنَا هُوَ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ شَوْطٍ مِنْهُ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ حِنْطَةٍ. وَالحَاصِلُ أَنَّ أَكْثَرَ طَوَافِ الصَّدْرِ بِمَنْزِلَةِ أَقَلِّ طَوَافِ الزِّيَارَةِ فِي وُجُوبِ الشَّاةِ، وَإِذَا كَانَ فِي أَكْثَرِهِ شَاةٌ فَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِي أَقَلِّهِ صَدَقَةٌ.

(وَمَن طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ عَلى غَيرِ وُضُوءٍ وَطَوَافَ الصَّدرِ فِي آخِرِ أَيَّامِ التَّشرِيقِ طَاهِرًا فَعَلَيهِ دَمٌ)، فَإِن كَانَ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا فَعَلَيهِ دَمَانِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا عَلَيهِ دَمٌ وَاحِدٌ) لأَنَّ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ لم يُنقَل طَوَافُ الصَّدرِ إِلى طَوَافِ الزِّيَارَةِ لأَنَّهُ وَاجِبٌ، وَإِعَادَةُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ بِسَبَبِ الحَدَثِ غَيرُ وَاجِبٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُستَحَبٌّ فَلا يُنقَلُ إِليهِ.

وَفِي الوَجهِ الثَّانِي يُنقَلُ طَوَافُ الصَّدرِ إِلى طَوَافِ الزِّيَارَةِ لأَنَّهُ مُستَحِقٌّ الإِعَادَةَ فَيَصِيرُ تَارِكًا لطَوَافِ الصَّدرِ مُؤَخِّرًا لطَوَافِ الزِّيَارَةِ عَن أَيَّامِ النَّحرِ فَيَجِبُ الدَّمُ بِتَركِ الصَّدرِ بِالاتِّفَاقِ وَبِتَأخِيرِ الآخَرِ عَلى الخِلافِ، إِلا أَنَّهُ يُؤمَرُ بِإِعَادَةِ طَوَافِ الصَّدرِ مَا دَامَ بِمَكَّةَ وَلا يُؤمَرُ بَعدَ الرُّجُوعِ عَلى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَالَ (**وَمَنْ طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ**) مَا ذُكِرَ مِنْ المَسْأَلَتَيْنِ وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَاضِحٌ. وَفَائِدَةُ نَقْلِ طَوَافِ الصَّدْرِ إِلى طَوَافِ الزِّيَارَةِ سُقُوطُ البَدَنَةِ عَنْهُ، وَهَهُنَا

أَصْلٌ وَهُوَ أَنَّ كُلَّ مَنْ وَجبَ عَلَيْه طَوَافٌ وَأَتَى بِهِ فِي وَقْته وَقَعَ عَنْهُ سَوَاءٌ نَوَاهُ بِعَيْنِه أَوْ لَمْ يَنْوِه أَوْ نَوَى بِه طَوَافًا آخرَ، **فَالْمُحْرِمُ إِذَا دَخَلَ مَكَّةَ فَطَافَ وَلَمْ يَنْوِ شَيْئًا أَوْ نَوَى التَّطَوُّعَ**، فَإِنْ كَانَ مُعْتَمِرًا وَقَعَ عَنْ العُمْرَةِ وَإِنْ كَانَ حَاجًّا وَقَعَ عَنْ طَوَافِ القُدُومِ، وَإِنْ كَانَ قَارِنًا كَانَ الطَّوَافُ الأَوَّلُ للعُمْرَةِ ثُمَّ مَا بَعْدَهُ للحَجِّ سَوَاءٌ نَوَى التَّطَوُّعَ أَوْ طَوَافًا آخرَ.

وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلكَ؛ لأَنَّ الإِحْرَامَ قَدْ انْعَقَدَ لأَدَائِه، فَإِذَا أَتَى بِهِ وَقَعَ عَنِ المُسْتَحقِّ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ بِنِيَّتِهِ، كَمَا إِذَا سَجَدَ يَنْوِي بِه تَطَوُّعًا لَمْ يَتَغَيَّرْ بِنِيَّتِه وَوَقَعَتْ السَّجْدَةُ عَمَّا هُوَ مُسْتَحقٌّ عَلَيْه. وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِه: (وَمَنْ تَرَكَ طَوَافَ الصَّدْرِ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ مِنْهُ فَعَلَيْه شَاةٌ)، إِلى قَوْلِه: (وَمَا دَامَ بِمَكَّةَ يُؤْمَرُ بالإِعَادَة).

(وَمَن طَافَ لعُمرَتِهِ وَسَعَى عَلَى غَيرِ وُضُوءٍ وَحَلَّ فَمَا دَامَ بِمَكَّةَ يُعِيدُهُمَا وَلا شَيءَ عَلَيهِ) أَمَّا إِعَادَةُ الطَّوَافِ فَلتَمَكُّنِ النَّقصِ فِيهِ بِسَبَبِ الحَدَثِ. وَأَمَّا السَّعيُ فَلأَنَّهُ تَبَعٌ للطَّوَافِ، وَإِذَا أَعَادَهُمَا لا شَيءَ عَلَيهِ لارتِفَاعِ النُّقصَانِ (وَإِن رَجَعَ إِلَى أَهلِهِ قَبلَ أَن يُعِيدَ فَعَلَيهِ دَمٌ) لتَركِ الطَّهَارَةِ فِيهِ، وَلا يُؤمَرُ بِالعَودِ لوُقُوعِ التَّحَلُّلِ بِأَدَاءِ الرُّكنِ إِذ النُّقصَانُ يَسِيرٌ، وَلَيسَ عَلَيهِ فِي السَّعيِ شَيءٌ؛ لأَنَّهُ أَتَى بِهِ عَلَى أَثَرِ طَوَافٍ مُعتَدٍّ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَعَادَ الطَّوَافَ وَلَم يُعِدِ السَّعيَ فِي الصَّحِيحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **طَافَ لعُمْرَته وَسَعَى عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَأَمَّا السَّعْيُ) يَعْنِي إِنَّمَا يُعِيدُ السَّعْيَ وَإِنْ لَمْ يَفْتَقِرْ إِلى الطَّهَارَةِ لعَدَمِ وُرُودِ مَا وَرَدَ فِي الطَّوَافِ مِنْ النَّصِّ فِيهِ لكَوْنِه تَابعًا للطَّوَاف؛ لأَنَّهُ لا يُعَدُّ قُرْبَةً بِدُونِ الطَّوَاف. وَقَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَيْه فِي السَّعْيِ شَيْءٌ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِه: فَعَلَيْه دَمٌ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا أَعَادَ الطَّوَافَ وَلَمْ يُعِدْ السَّعْيَ) يَعْنِي لَيْسَ عَلَيْه شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَمَّا قَال بَعْضُ المَشَايِخ إِذَا أَعَادَ الطَّوَافَ وَلَمْ يُعِدْ السَّعْيَ كَانَ عَلَيْه دَمٌ؛ لأَنَّهُ لَمَّا أَعَادَ الطَّوَافَ فَقَدْ نَقَضَ الطَّوَافَ الأَوَّل، فَإِذَا انْتَقَضَ ذَلكَ حَصَلَ السَّعْيُ قَبْلَ الطَّوَاف فَلا يُعْتَدُّ بِه فَيَكُونُ تَارِكًا للسَّعْيِ فَيَجِبُ عَلَيْه الدَّمُ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيِّ وَالإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ وَالمُصَنِّف رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ الطَّهَارَةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي السَّعْيِ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ فِيه أَنْ يَكُونَ عَلى إِثْرِ طَوَافٍ مُعْتَدٍّ

به، وَطَوَافُ المُحْدث كَذَلكَ وَلهَذَا يَتحَلَّلُ به، فَإذَا أَتى به مَعَ تَقَدُّمِ الشَّرْطِ عَلَيْهِ حَصَل المَقْصُودُ، فَإِنْ أَعَادَ تَبعًا للطَّوَاف فَهُوَ أَفْضَلُ وَإلا فَلا شَيْءَ عَلَيْه.

(وَمَن تَرَكَ السَّعيَ بَينَ الصَّفَا وَالمَروَةِ فَعَليهِ دَمٌ وَحَجُّهُ تَامٌّ) لأنَّ السَّعيَ مِن الوَاجِبَاتِ عِندَنَا فَيَلزَمُ بِتَركِهِ الدَّمُ دُونَ الفَسَادِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ تَرَكَ السَّعْيَ) ظَاهرٌ.

(وَمَن أَفَاضَ قَبلَ الإِمَامِ مِن عَرَفَاتٍ فَعَليهِ دَمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا شَيءَ عَليهِ؛ لأنَّ الرُّكنَ أَصلُ الوُقُوفِ فَلا يَلزَمُهُ بِتَركِ الإِطَالَةِ شَيءٌ. وَلنَا أَنَّ الاستِدَامَةَ إِلى غُرُوبِ الشَّمسِ وَاجِبَةٌ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فَادفَعُوا بَعدَ غُرُوبِ الشَّمسِ» فَيَجِبُ بِتَركِهِ الدَّمُ، بِخِلافِ مَا إذَا وَقَفَ ليلا لأنَّ استِدَامَةَ الوُقُوفِ عَلى مَن وَقَفَ نَهَارًا لا ليلا، فَإِن عَادَ إِلى عَرَفَةَ بَعدَ غُرُوبِ الشَّمسِ لا يَسقُطُ عَنهُ الدَّمُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، لأنَّ المَترُوكَ لا يَصِيرُ مُستَدرَكًا. وَاختَلفُوا فِيمَا إذَا عَادَ قَبل الغُرُوبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **أَفَاضَ قَبْلَ الإمَامِ منْ عَرَفَات** فَعَلَيْه دَمٌ) قَال فِي النِّهَايَة: كَانَ منْ حَقِّ الرِّوَايَة أَنْ يُقَال: وَمَنْ أَفَاضَ قَبْل غُرُوب الشَّمْسِ فَعَلَيْه دَمٌ لَمَا أَنَّ المَحْظُورَ عَلَيْه الإفَاضَةُ قَبْل غُرُوبِ الشَّمْسِ. وَأَقُولُ: قَوْلُهُ: هَذَا يَسْتَلزِمُ ذَلكَ؛ لأَنَّ الاسْتدَامَةَ إذَا كَانَتْ وَاجبَةً إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ فَالإفَاضَةُ قَبْل الإمَامِ لا تَكُونُ إلا قَبْل الغُرُوبِ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الإمَامَ لا يَتْرُكُ مَا وَجبَ عَلَيْه منْ الاسْتدَامَة.

وَقَوْلُهُ: (بخلاف مَا إذَا وَقَفَ لَيْلا) مُتَّصلٌ بقَوْله: (وَلنَا أَنَّ الاسْتدَامَةَ إلى غُرُوب الشَّمْسِ وَاجبَةٌ). فَإنْ قيل: قَوْلُهُ: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَنْ وَقَفَ بعَرَفَةَ بلَيْلٍ أَوْ نَهارٍ فَقَدْ أَدْرَكَ الحَجَّ**» يَقْتَضِي أَنْ لا يَكُونَ الامْتدَادُ شَرْطًا لا فِي اللَّيْل وَلا فِي النَّهَارِ فَكَيْفَ جَعَلتُمْ شَرْطًا فِي النَّهَارِ دُونَ اللَّيْل؟ قُلت: تَرَكَ ظَاهرَهُ فِي حَقِّ النَّهَارِ بقَوْله ﷺ: «**فَادْفَعُوا بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ**» فَبَقيَ اللَّيْلُ عَلى ظَاهره.

(وَإنْ عَادَ إلى عَرَفَةَ بَعْدَ غُرُوب الشَّمْسِ لا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ فِي ظَاهرِ الرِّوَايَة) وَرَوَى ابْنُ شُجَاعٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ لأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ مَا فَاتَهُ؛ لأَنَّ

الوَاجبَ عَلَيْهِ الإِفَاضَةُ بَعْدَ الغُرُوبِ وَقَدْ أَتَى بِهِ، فَكَانَ كَمَنْ جَاوَزَ المِيقَاتَ حَلالا ثُمَّ عَادَ إِلى المِيقَاتِ وَأَحْرَمَ. وَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ المَتْرُوكَ لا يَصِيرُ مُسْتَدْرَكًا؛ مَعْنَاهُ أَنَّ المَتْرُوكَ سُنَّةُ الدَّفْعِ مَعَ الإِمَامِ وَذَلِكَ لَيْسَ بِمُسْتَدْرَكٍ بِعَوْدِهِ وَحْدَهُ لا مَحَالَةَ.

وَإِذَا عَادَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ حَتَّى أَفَاضَ مَعَ الإِمَامِ بَعْدَ غُرُوبِهَا فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهِ: فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ؛ لأَنَّ اسْتِدَامَةَ الوُقُوفِ قَدْ انْقَطَعَتْ وَلا يُمْكِنُ تَدَارُكُهَا فَبَقِيَ عَلَيْهِ الدَّمُ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَسْقُطُ؛ لأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ سُنَّةَ الدَّفْعِ مَعَ الإِمَامِ.

(وَمَن تَرَكَ الوُقُوفَ بِالمُزدَلفَةِ فَعَلَيهِ دَمٌ) لأَنَّهُ مِن الوَاجِبَاتِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ الوُقُوفَ بِالمُزْدَلفَةِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الوُقُوفَ بِالمُزْدَلفَةِ وَرَمْيَ الجِمَارِ مِنْ الوَاجِبَاتِ، فَإِذَا تَرَكَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّمُ.

(وَمَن تَرَكَ رَميَ الجِمَارِ فِي الأَيَّامِ كُلِّهَا فَعَلَيهِ دَمٌ) لتَحَقُّقِ تَركِ الوَاجِبِ، وَيَكفِيهِ دَمٌ وَاحِدٌ؛ لأَنَّ الجِنسَ مُتَّحِدٌ كَمَا فِي الحلَقِ، وَالتَّركُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِغُرُوبِ الشَّمسِ مِن آخِرِ أَيَّامِ الرَّميِ؛ لأَنَّهُ لم يُعرَف قُربَةً إلا فِيهَا، وَمَا دَامَت الأَيَّامُ بَاقِيَةً فَالإِعَادَةُ مُمكِنَةٌ فَيَرمِيهَا عَلَى التَّأليفِ ثُمَّ بِتَأخِيرِهَا يَجِبُ الدَّمُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لهُمَا.

(وَإِن تَرَكَ رَميَ يَومٍ وَاحِدٍ فَعَلَيهِ دَمٌ) لأَنَّهُ نُسُكٌ تَامٌّ (وَمَن تَرَكَ رَميَ إِحدَى الجِمَارِ الثَّلاثِ فَعَلَيهِ الصَّدَقَةُ) لأَنَّ الكُلَّ فِي هَذَا اليَومِ نُسُكٌ وَاحِدٌ فَكَانَ المَترُوكُ أَقَلَّ إلا أَن يَكُونَ المَترُوكُ أَكثَرَ مِن النِّصفِ فَحِينَئِذٍ يَلزَمُهُ الدَّمُ لوُجُودِ تَركِ الأَكثَرِ (وَإِن تَرَكَ رَميَ جَمرَةِ العَقَبَةِ فِي يَومِ النَّحرِ فَعَليهِ دَمٌ) لأَنَّهُ كُلُّ وَظِيفَةِ هَذَا اليَومِ رَميًا وَكَذَا إِذَا تَرَكَ الأَكثَرَ مِنهَا.

(وَإِن تَرَكَ مِنهَا حَصَاةً أَو حَصَاتَينِ أَو ثَلاثًا تَصَدَّقَ لكُلِّ حَصَاةٍ نِصفَ صَاعٍ إلا أَن يَبلُغَ دَمًا فَيُنقِصَ مَا شَاءَ) لأَنَّ المَترُوكَ هُوَ الأَقَلُّ فَتَكفِيهِ الصَّدَقَةُ.

الشرح:

لكِنْ إِذَا (تَرَكَ رَمْيَ الجِمَارِ فِي الأَيَّامِ كُلِّهَا) وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ: نَحْرٌ خَاصٌّ وَتَشْرِيقٌ خَاصٌّ وَيَوْمَانِ بَيْنَهُمَا نَحْرٌ وَتَشْرِيقٌ يَكْفِيهِ دَمٌ وَاحِدٌ. وَقَال بَعْضُ المَشَايِخِ:

يَلزَمُهُ بتَرْكِ رَمْيِ كُلِّ يَوْمٍ دَمٌ؛ لأَنَّ الجِنَايَاتِ وَإِنْ كَانَتْ جِنْسًا وَاحِدًا لكِنْ فِي مَجَالسَ مُخْتَلفَةٍ فكَانَ كَمَنْ قَصَّ أَظَافِيرَ يَدَيْه وَرِجْلَيْه فِي مَجَالسَ مُخْتَلفَة كَمَا تَقَدَّمَ.

وَوَجْهُ مَا فِي الكِتَاب مَا ذَكَرَهُ فِيه بقَوْله: (لأَنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ لا تَتَعَدَّدُ فيه الكَفَّارَةُ (كَمَا فِي الحَلق) فَإِنَّهُ إنْ حَلقَ شَعْرَ البَدَن كُلَّهُ يَلزَمُهُ دَمٌ وَاحِدٌ، وَإِنْ كَانَ يَلزَمُهُ دَمٌ وَاحِدٌ لوْ اقْتَصَرَ عَلى حَلقِ الرَّأْسِ أَوْ رُبْعِه.

وَقَوْلُهُ: (وَالتَّرْكُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بغُرُوب الشَّمْسِ مِنْ آخرِ أَيَّامِ الرَّمْي) جَوَابُ مَا قَالَ ذَلكَ البَعْضُ مِنْ المَشَايخِ أَنَّ المَجَالسَ مُخْتَلفَةٌ. وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ أَيَّامَ الرَّمْيِ كُلَّهَا زَمَانٌ وَاحِدٌ للرَّمْيِ فَلمْ يَتَحَقَّقْ هُنَاكَ اخْتلافُ المَجْلسِ؛ (لأَنَّهُ لَمْ يُعْرَفْ قُرْبَةً إلا فِيهَا) عَلى خِلافِ القِيَاسِ فَلا يَتَحَقَّقُ التَّرْكُ مَا دَامَ فِيهَا كَالتَّضْحيَة فِي أَيَّامِ النَّحْرِ (فَيَرْمِيهَا عَلى التَّأْليفِ) أَيْ عَلى التَّرْتيب الَّذي شُرِعَ مَا دَامَتْ الأَيَّامُ بَاقيَةً.

بخِلاف قَصِّ الأَظَافيرِ فَإِنَّ تَرْكَهُ ليْسَ بمُوَقَّتٍ بزَمَانٍ فَيَتَحَقَّقُ فيه اخْتلافُ المَجْلسِ، (ثُمَّ بتَأْخيرهَا) عَنْ هَذه الأَيَّامِ (يَجبُ الدَّمُ) وَهُوَ شَاةٌ (عِنْدَ أَبي حَنيفَةَ خلافًا لهُمَا، وَإِنْ تَرَكَ رَمْيَ يَوْمٍ وَاحدٍ فَعَليْه دَمٌ؛ لأَنَّهُ نُسُكٌ تَامٌّ)، فَإِنْ قِيلَ: هَذَا بظَاهره يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ إذَا نَفَرَ النَّفْرَ الأَوَّل يَجبُ عَليْه دَمٌ؛ لأَنَّهُ تَرَكَ رَمْيَ يَوْمٍ، وَليْسَ كَذَلكَ فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الإِقَامَة وَالنَّفْرِ، وَذَلكَ آيَةُ التَّطَوُّعِ فَكَيْفَ يَجبُ عَليْه دَمٌ؟ أُجيبَ بأَنَّ التَّخْيِيرَ قَبْل طُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ اليَوْمِ الرَّابعِ، فَأَمَّا إذَا طَلعَ فَقَدْ وَجَبَ عَليْه الإِقَامَةُ وَالرَّمْيُ، فَلوْ تَرَكَ وَجَبَ عَليْه الدَّمُ فَكَانَ كَالتَّطَوُّعِ يُخَيَّرُ فِيه قَبْل الشُّرُوعِ وَيَجبُ بَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **تَرَكَ رَمْيَ إِحْدَى الجِمَارِ**) مَبْنَاهُ عَلى أَنَّ مَا كَانَ نُسُكَ يَوْمٍ فَتَرْكُهُ يُوجبُ الدَّمَ، وَمَا كَانَ بَعْضُهُ الأَقَلَّ فَتَرْكُهُ يُوجبُ الصَّدَقَةَ، فَعَلى هَذَا إذَا تَرَكَ جَمْرَةَ العَقَبَة يَوْمَ النَّحْرِ يَلزَمُهُ دَمٌ، وَإِنْ تَرَكَهَا فِي بَقيَّة الأَيَّامِ يَلزَمُهُ صَدَقَةٌ، وَهَذَا إذَا لَمْ يَقْضه فِي أَيَّامِ الرَّمْيِ، فَأَمَّا إذَا قَضَاهُ فِيهَا فَقَدْ سَقَطَ الدَّمُ عِنْدَهُمَا وَلَمْ يَسْقُطْ عِنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (فَكَانَ المَتْرُوكُ أَقَلَّ) يَعْني إذَا تَرَكَ رَمْيَ إحْدَى الجِمَارِ؛ لأَنَّ المَتْرُوكَ حِينَئذٍ سَبْعُ حَصَيَاتٍ وَالمَأْتيَّ به أَرْبَعَ عَشْرَةَ حَصَاةً.

وَقَوْلُهُ: (إلا أَنْ يَكُونَ المَتْرُوكُ أَكْثَرَ مِنْ النِّصْفِ) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ مِنْ قَوْله: (وَمَنْ تَرَكَ رَمْيَ إحْدَى الجِمَارِ): أَيْ: لكِنْ إذَا تَرَكَ أَكْثَرَ مِنْ رَمْيِ إحْدَى الجِمَارِ وَبَلغَ المَتْرُوكُ

أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ مِثْلُ أَنْ يَتْرُكَ إِحْدَى عَشْرَةَ حَصَاةً وَيَرْمِيَ عَشْرَ حَصَيَاتٍ (فَحِينَئِذٍ يَلزَمُهُ الدَّمُ لِوُجُودِ تَرْكِ الأَكْثَرِ)، وَالأَكْثَرُ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ.

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهُ كُلَّ وَظِيفَةِ هَذَا اليَوْمِ رَمْيًا) نَصَبَ رَمْيًا عَلى التَّمْيِيزِ؛ لأَنَّ فِيهِ وَظَائِفَ غَيْرَهُ كَالذَّبْحِ وَالحَلقِ وَالطَّوَافِ، فَلوْ اقْتَصَرَهُ عَلى قَوْلِهِ: لأَنَّهُ وَظِيفَةُ هَذَا اليَوْمِ لَمْ يَكُنْ عَلى مَا يَنْبَغِي. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا تَرَكَ الأَكْثَرَ مِنْهَا) أَيْ: مِنْ جَمْرَةِ العَقَبَةِ. وَقَوْلُهُ: (إِلا أَنْ يَبْلُغَ دَمًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (تَصَدَّقَ لِكُلِّ حَصَاةٍ نِصْفَ صَاعٍ): يَعْنِي إِذَا بَلَغَ قِيمَةُ مَا تَصَدَّقَ لِكُلِّ حَصَاةٍ قِيمَةَ الدَّمِ فَحِينَئِذٍ (يَنْقُصُ مِنْ الدَّمِ مَا شَاءَ) حَتَّى لا يَلزَمَ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الأَقَلِّ وَالأَكْثَرِ. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ المَتْرُوكَ هُوَ الأَقَلُّ) دَلِيلُ قَوْلِهِ: تَصَدَّقَ.

(وَمَن أَخَّرَ الحَلقَ حَتَّى مَضَت أَيَّامُ النَّحرِ فَعَلَيهِ دَمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ) حَتَّى مَضَت أَيَّامُ التَّشرِيقِ (فَعَلَيهِ دَمٌ عِندَهُ وَقَالا: لا شَيءَ عَلَيهِ فِي الوَجهَينِ) وَكَذَا الخِلافُ فِي تَأخِيرِ الرَّمي وَفِي تَقدِيمِ نُسُكٍ عَلى نُسُكٍ كَالحَلقِ قَبل الرَّمي وَنَحرِ القَارِنِ قَبل الرَّمي وَالحَلقِ قَبل الذَّبحِ، لهُمَا أَنَّ مَا فَاتَ مُستَدرَكٌ بِالقَضَاءِ وَلا يَجِبُ مَعَ القَضَاءِ شَيءٌ آخَرُ.

وَلهُ حَدِيثُ ابنِ مَسعُودٍ ﵁ أَنَّهُ قَال مَن قَدَّمَ نُسُكًا عَلى نُسُكٍ فَعَلَيهِ دَمٌ وَلأَنَّ التَّأخِيرَ عَن المَكَانِ يُوجِبُ الدَّمَ فِيمَا هُوَ مُوَقَّتٌ بِالمَكَانِ كَالإِحرَامِ فَكَذَا التَّأخِيرُ عَن الزَّمَانِ فِيمَا هُوَ مُوَقَّتٌ بِالزَّمَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ **أَخَّرَ الحَلقَ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ**) هَذَا بِنَاءً عَلى مَا تَقَدَّمَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يُوجِبُ الدَّمَ بِالتَّأْخِيرِ خِلافًا لهُمَا. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا الخِلافُ فِي تَأْخِيرِ الرَّمْيِ) أَيْ: فِي تَأْخِيرِ رَمْيِ جَمْرَةِ العَقَبَةِ عَنْ يَوْمِ النَّحْرِ وَتَأْخِيرِ رَمْيِ الجِمَارِ مِنْ اليَوْمِ الثَّانِي إِلى الثَّالِثِ أَوْ مِنْ الثَّالِثِ إِلى الرَّابِعِ. وَقَوْلُهُ: (وَفِي تَقْدِيمِ نُسُكٍ عَلى نُسُكٍ) أَيْ: وَكَذَا الخِلافُ فِي تَقْدِيمِ نُسُكٍ عَلى نُسُكٍ (**كَالحَلقِ قَبْل الرَّمْيِ**) سَوَاءٌ كَانَ مُفْرِدًا أَوْ غَيْرَهُ.

(**وَنَحْرِ القَارِنِ**) وَالمُتَمَتِّعِ (**قَبْل الرَّمْيِ وَحَلقِ القَارِنِ**) وَالمُتَمَتِّعِ (**قَبْل الذَّبْحِ**) وَإِنَّمَا خُصَّ القَارِنُ بِذَلِكَ؛ لأَنَّ المُفْرِدَ إِذَا ذَبَحَ قَبْل الرَّمْيِ أَوْ حَلقَ قَبْل الذَّبْحِ فَإِنَّهُ لا شَيْءَ عَليْهِ؛ لأَنَّ تَأْخِيرَ النُّسُكِ لا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ هَهُنَا لِكَوْنِ الذَّبْحِ غَيْرَ وَاجِبٍ عَليْهِ. فَإِنْ

قِيل: تَقْدِيمُ نُسُكٍ عَلى نُسُكٍ يَسْتَلزِمُ تَأْخِيرَ نُسُكٍ عَنْ نُسُكٍ فَكَانَ فِي كَلامِهِ تَكْرَارٌ. فَالجَوَابُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالتَّأْخِيرِ مَا يَكُونُ بِحَسَبِ الأَيَّامِ وَبِالتَّقْدِيمِ مَا يَكُونُ بِحَسَبِ الآنَاتِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ فَلا تَكْرَارَ.

(لَهُمَا أَنَّ مَا فَاتَ مُسْتَدْرَكٌ بِالقَضَاءِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُسْتَدْرَكٌ بِالقَضَاءِ لا يَجِبُ فِيهِ شَيْءٌ غَيْرُهُ بِالاسْتِقْرَاءِ فِي أَحْكَامِ الشَّرْعِ، (وَلأَبِي حَنِيفَةَ حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ قَالَ: «مَنْ قَدَّمَ نُسُكًا عَلى نُسُكٍ فَعَلَيْهِ دَمٌ») فَإِنْ قِيلَ: ثَبَتَ فِي الصَّحِيحَيْنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ «أَنَّهُ ﷺ وَقَفَ لِلنَّاسِ بِمِنًى يَسْأَلُونَهُ، فَجَاءَ رَجُلٌ وَقَالَ: نَحَرْت قَبْلَ الرَّمْيِ، فَقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **افْعَل وَلا حَرَجَ**، فَمَا سُئِل عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَنْ شَيْءٍ قُدِّمَ أَوْ أُخِّرَ إلا قَالَ: **افْعَل وَلا حَرَجَ**».

وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلى أَنَّه لا شَيْءَ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ. فَالجَوَابُ أَنَّهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ؛ لأَنَّهُ يَدُلُّ عَلى تَرْكِ القَضَاءِ أَيْضًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ السَّائِلُ مُفْرِدًا وَتَقْدِيمُ الذَّبْحِ عَلى الرَّمْيِ لا يُوجِبُ عَلَيْهِ شَيْئًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا ذُكِرَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَيْسَ بِمُؤَقَّتٍ فَلا يُوجِبُ التَّأْخِيرَ فِيهِ شَيْئًا. سَلَّمْنَاهُ وَلَكِنْ يَكُونُ مُعَارَضًا بِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ.

وَقِيل: الصَّحِيحُ أَنَّ رَاوِيَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَيُصَارُ إلى مَا بَعْدَهُمَا، وَالقِيَاسُ مَعَنَا عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ بِقَوْلِهِ: (وَلأَنَّ التَّأْخِيرَ عَنْ المَكَانِ يُوجِبُ الدَّمَ فِيمَا هُوَ مُوَقَّتٌ بِالمَكَانِ كَالإِحْرَامِ)، فَإِنَّ **الحَاجَّ إِذَا جَاوَزَ المِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ثُمَّ أَحْرَمَ** وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ (فَكَذَا التَّأْخِيرُ عَنْ الزَّمَانِ فِيمَا هُوَ مُوَقَّتٌ بِالزَّمَانِ) بِجَامِعِ تَمَكُّنِ نُقْصَانِ التَّأْخِيرِ فِيهِمَا. فَإِنْ قِيل: مَعَهُمَا أَيْضًا قِيَاسٌ، وَهُوَ القِيَاسُ عَلى سَائِرِ مَا يُسْتَدْرَكُ مِنْ العِبَادَاتِ بِالقَضَاءِ فَكَانَ قِيَاسُكُمْ فِي حَيِّزِ التَّعَارُضِ. فَالجَوَابُ أَنَّ قِيَاسَنَا مُرَجَّحٌ بِالاحْتِيَاطِ، فَإِنَّ فِيهِ الخُرُوجَ عَنْ العُهْدَةِ بِيَقِينٍ.

(وَإِن حلَقَ فِي أَيَّامِ النَّحرِ فِي غَيرِ الحرَمِ فَعَليهِ دَمٌ، وَمَن اعتَمَرَ فَخَرَجَ مِن الحرَمِ وَقَصَّرَ فَعَليهِ دَمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالى (وَقَال أَبُو يُوسُفَ) رَحِمَهُ اللَّهُ: (لا شَيءَ عَليهِ) قَال ﷺ: ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَولَ أَبِي يُوسُفَ فِي المُعتَمِرِ وَلَم يَذكُرهُ فِي الحَاجِّ. قِيل هُوَ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّ السُّنَّةَ جَرَت فِي الحَجِّ بِالحَلقِ بِمِنًى وَهُوَ مِن الحَرَمِ.

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الخِلافِ، هُوَ يَقُولُ: الحلَقُ غَيرُ مُختَصٍّ بِالحرَمِ «لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَصحَابَهُ أُحصِرُوا بِالحُدَيبِيَةِ وَحلَقُوا فِي غَيرِ الحرَمِ». وَلهُمَا أَنَّ الحلَقَ لَمَّا جُعِلَ مُحَلِّلا صَارَ كَالسَّلامِ فِي آخِرِ الصَّلاةِ فَإِنَّهُ مِن وَاجِبَاتِهَا، وَإِن كَانَ مُحَلِّلا، فَإِذَا صَارَ نُسُكًا اختَصَّ بِالحرَمِ كَالذَّبحِ وَبَعضُ الحُدَيبِيَةِ مِن الحرَمِ فَلعَلَّهُم حلَقُوا فِيهِ.

فَالحَاصِلُ أَنَّ الحلَقَ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ وَالمَكَانِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ لا يَتَوَقَّتُ بِهِمَا وَعِندَ مُحَمَّدٍ يَتَوَقَّتُ بِالمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ، وَعِند زُفَرٍ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ دُونَ المَكَانِ. وَهَذَا الخِلافُ فِي التَّوقِيتِ فِي حَقِّ التَّضمِينِ بِالدَّمِ. وَأَمَّا فِي حَقِّ التَّحَلُّلِ فَلا يَتَوَقَّتُ بِالاتِّفَاقِ. وَالتَّقصِيرُ وَالحلَقُ فِي العُمرَةِ غَيرُ مُوَقَّتٍ بِالزَّمَانِ بِالإِجمَاعِ؛ لأَنَّ أَصل العُمرَةِ لا يَتَوَقَّتُ بِهِ بِخِلافِ المَكَانِ؛ لأَنَّهُ مُوَقَّتٌ بِهِ.

قَال (فَإِن لم يُقَصِّر حَتَّى رَجَعَ وَقَصَّرَ فَلا شَيءَ عَلَيهِ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) مَعنَاهُ: إذَا خَرَجَ المُعتَمِرُ ثُمَّ عَادَ؛ لأَنَّهُ أَتَى بِهِ فِي مَكَان فَلا يَلزَمُهُ ضَمَانُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ حلَقَ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ) ظَاهِرٌ (قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْل أَبِي يُوسُفَ فِي المُعْتَمِرِ) أَنَّهُ لا شَيْءَ عَلَيْهِ، (وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الحَاجِّ) إِذَا حَلَقَ خَارِجَ الحَرَمِ، (فَقِيل) إِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهُ لأَنَّهُ (بِالاتِّفَاقِ) فِي وُجُوبِ الدَّمِ؛ (لأَنَّ السُّنَّةَ جَرَتْ فِي الحَجِّ بِأَنْ يَكُونَ الحَلقُ بِمِنًى وَهُوَ مِنْ الحَرَمِ) فَبِتَرْكِه يَلزَمُ الجَابِرَ.

(وَالأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الخِلافِ) عِنْدَهُمَا يَجِبُ الدَّمُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا يَجِبُ شَيْءٌ، وَوَجْهُ الجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (فَالحَاصِلُ أَنَّ الحَلقَ) يَعْنِي فِي الحَجِّ (يَتَوَقَّتُ بِالمَكَانِ وَالزَّمَانِ) أَيْ: بِيَوْمِ النَّحْرِ وَالحَرَمِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا يَتَوَقَّتُ بِهِمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَوَقَّتُ بِالمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ، وَعِنْدَ زُفَرَ يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ دُونَ المَكَانِ).

وَإِنَّمَا قُلنَا: يَعْنِي فِي الحَجِّ؛ لأَنَّ الحَلقَ فِي العُمْرَةِ لا يَتَوَقَّتُ بِالزَّمَانِ بِالإِجْمَاعِ. فَإِنْ قِيل: إِذَا كَانَ مُؤَقَّتًا بِهِمَا كَانَ كَالوُقُوفِ فَيَنْبَغِي أَنْ لا يُعْتَدَّ بِهِ إِذَا حَلَقَ خَارِجَ الحَرَمِ كَمَا لوْ وَقَفَ بِغَيْرِ عَرَفَةَ أَوْ طَافَ بِغَيْرِ البَيْتِ. فَالجَوَابُ أَنَّ مَحَلَّ الفِعْلِ هُوَ الرَّأْسُ دُونَ الحَرَمِ، وَلكِنَّهُ جَازَ بِالتَّأْخِيرِ عَنْ مَكَانِه فَيَلزَمُهُ دَمٌ كَمَا يَلزَمُهُ بِالتَّأْخِيرِ عَنْ وَقْتِهِ،

بخلاف مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ الوُقُوف وَالطَّوَاف، فَإِنَّ مَحَلَّ الفعْل هُوَ الجَبَلُ وَحَوْل البَيْت وَبالخُرُوجِ عَنْهُمَا يَتَبَدَّلُ المَحلُّ فَلا يَجُوزُ. وَجهُ قَوْل أَبِي حَنيفَةَ عَلى اخْتصَاصه بالمَكَان قَدْ عُلمَ مِنْ قَوْله: وَلَهُمَا أَنَّ الحَلقَ لَمَّا جُعل مُحَلِّلا إلخ. وَأَمَّا عَلى اخْتصَاصه بالزَّمَان فَلأَنَّ الحَلقَ للتَّحَلُّل وَهَذَا بالاتِّفَاق، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ يُوَقَّتُ بالزَّمَان كَالطَّوَاف.

وَوَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ أَمَّا عَلى عَدَمِ اخْتصَاصه بالمَكَان فَقَدْ عُلمَ مِنْ قَوْله: هُوَ بقَوْل الحَلقِ غَيْرُ مُخْتَصٌ بالحَرَم إلخ. وَأَمَّا عَلى عَدَمِ اخْتصَاصه بالزَّمَان فَهُوَ أَنَّ الحَلقَ الَّذي هُوَ نُسُكٌ فِي أَوَانه بمَنْزلة الحَلقِ الَّذي هُوَ جنَايَةٌ قَبْل أَوَانه.

فَكَمَا أَنَّ ذَلكَ لا يَخْتَصُّ بزَمَانٍ فَكَذَلكَ هَذَا، وَلوْ أَرَدْت أَنْ تَجْعَلهُ دَليلا للشِّقَّيْنِ. قُلت: فَكَمَا أَنَّ ذَلكَ لا يَخْتَصُّ بزَمَانٍ وَمَكَان فَكَذَلكَ هَذَا، إذْ لوْ كَانَ مُخْتَصًّا بهمَا لَمَا وَقَعَ مُعْتَدًّا به فِي غَيْرِ المَكَان وَالزَّمَان كَالوُقُوف بعَرَفَةَ، وَقَدْ عَرَفْت جَوَابَ ذَلكَ آنفًا وَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَمَّا عَلى اخْتصَاصه بالمَكَان فَقَدْ عُلمَ مِنْ قَوْله: وَلَهُمَا أَنَّ الحَلقَ إلخ، وَأَمَّا عَلى عَدَمِ اخْتصَاصه بالزَّمَانِ فَهُوَ دَليلُ أَبِي يُوسُفَ عَلى عَدَمِ اخْتصَاصه بالزَّمَان.

وَوَجْهُ قَوْل زُفَرَ أَنَّ التَّحَلُّل عَنْ الإحْرَام مُعْتَبَرٌ بابْتدَاء الإحْرَام، وَابْتدَاؤُهُ مُوَقَّتٌ بالزَّمَان حَتَّى كرِهَ تَقْديمَ إحْرَامِ الحَجِّ عَلى أَشْهُره دُونَ المَكَان حَتَّى جَازَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ حَيْثُ شَاءَ قَبْل الميقَات، فَكَذَلكَ التَّحَلُّلُ عَنْهُ يَتوَقَّتُ بالزَّمَان دُونَ المَكَان، فَلوْ أُخِّرَ عَنْ أَيَّامِ النَّحْرِ لزمَهُ الدَّمُ، وَلوْ خَرَجَ مِنْ الحَرَمِ ثُمَّ حَلقَ لَمْ يَلزَمْهُ شَيْءٌ. وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا الخلافُ) أَيْ: مَا ذَكَرْنَاهُ بَيْنَ عُلمَائنَا فِي التَّوْقيتِ (إنَّمَا هُوَ فِي حَقِّ التَّضْمين بالدَّمِ، وَأَمَّا فِي حَقِّ التَّحَلُّل فَلا يَتوَقَّتُ بالاتِّفَاق).

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ أَصْل العُمْرَة لا يَتوَقَّتُ به) أَيْ: بالزَّمَان، فَإِنَّ رُكْنَهَا الطَّوَافُ وَهُوَ غَيْرُ مُوَقَّت بزَمَان، وَفيه نَظَرٌ؛ لأَنَّهَا فِي أَيَّام النَّحْر مَكْرُوهَةٌ فَكَانَتْ مُوَقَّتَةً. وَالجَوَابُ أَنَّ كَرَاهَتَهَا فِيهَا لَيْسَتْ مِنْ حَيْثُ إنَّهَا مُوَقَّتَةٌ بغَيْرهَا بَل باعْتبَار أَنَّهُ مَشْغُولٌ بأَفْعَال الحَجِّ فِيهَا، فَلوْ اعْتَمَرَ فِيهَا لرُبَّمَا أَخَلَّ بشَيْءٍ مِنْ أَفْعَاله فَكُرهَتْ لذَلكَ.

وَقَوْلُهُ: (بخلاف المَكَان لأَنَّهُ مُوَقَّتٌ به) مُتَّصلٌ بقَوْله: (غَيْرُ مُوَقَّت بالزَّمَان)، وَإِلَيْه ذَهَبَ صَاحبُ «النِّهَايَة»، وَيَكُونُ مَعْنَاهُ: لأَنَّهُ مُؤَقَّتٌ به عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

بِنَاءً عَلى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الأَصَحِّ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلا بِقَوْله: (لأَنَّ أَصْل العُمْرَة لا يَتَوَقَّتُ بِه) أَيْ: بالزَّمَان، بخلاف المَكَان؛ لأَنَّهُ أَيْ: أَصْل العُمْرَة يَتَوَقَّتُ بِه فَلا حَاجَةَ إلى التَّأْوِيل، (فَإِنْ لَمْ يُقَصِّرْ المُعْتَمِرُ الَّذِي خَرَجَ مِنْ الحَرَمِ حَتَّى رَجَعَ إلى الحَرَمِ وَقَصَّرَ فِيه فَلا شَيْءَ عَلَيْه فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لأَنَّهُ أَتَى بِه فِي مَكَانِه فَلا يَلزَمُهُ ضَمَانٌ)، وَلوْ فَعَل الحَاجُّ ذَلكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ دَمُ التَّأْخِيرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(فَإِن حَلقَ القَارِنُ قَبل أَن يَذبحَ فَعَليهِ دَمَانِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَمٌ بِالحَلقِ فِي غَيرِ أَوَانِهِ؛ لأَنَّ أَوَانَهُ بَعدَ الذَّبحِ وَدَمٌ بِتَأخِيرِ الذَّبحِ عَن الحَلقِ. وَعِندَهُمَا يَجِبُ عَليهِ دَمٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الأَوَّلُ، وَلا يَجِبُ بِسَبَبِ التَّأخِيرِ شَيءٌ عَلى مَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ **حَلقَ القَارِنُ قَبْل أَنْ يَذْبَح**) يَعْنِي إذَا قَدَّمَ القَارِنُ الحَلقَ عَلى الذَّبْحِ (فَعَلَيْه دَمَان عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: دَمٌ للقِرَانِ، وَدَمٌ بِتَأْخِيرِ الذَّبْحِ عَنْ الحَلقِ. وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْه دَمٌ وَاحِدٌ)، وَهُوَ دَمُ القِرَان، (وَلا يَجِبُ بِسَبَب التَّأْخِيرِ شَيْءٌ عَلى مَا قُلنَا) إنَّ التَّأْخِيرَ عِنْدَهُ يُوجِبُ الدَّمَ خِلافًا لَهُمَا. هَذَا تَقْرِيرُ المَسْأَلة عَلى مَا عَلَيْه أَصْلُ رِوَايَة الجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَإِنَّ مُحَمَّدًا قَال فِيه: قَارِنٌ حَلقَ قَبْل أَنْ يَذْبَحَ، قَال: عَلَيْه دَمَان: دَمُ القِرَانِ، وَدَمٌ آخَرُ؛ لأَنَّهُ حَلقَ قَبْل أَنْ يَذْبَحَ.

يَعْنِي عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلى هَذَا فَمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ غَيْرُ مُطَابِقٍ لهُ لأَنَّهُ قَال: عَلَيْه دَمٌ بِالحَلقِ فِي غَيْرِ أَوَانه؛ لأَنَّ أَوَانَهُ بَعْدَ الذَّبْحِ، وَدَمٌ بِتَأْخِيرِ الذَّبْحِ عَنْ الحَلقِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إلى أَنَّهُمَا دَمَا جِنَايَةٍ وَلَمْ يَذْكُرْ دَمَ القِرَان، وَقَال: وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْه دَمٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الأَوَّلُ: يَعْنِي الَّذِي يَجِبُ بِالحَلقِ فِي غَيْرِ أَوَانه؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ أَوَّلا سِوَاهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَيْضًا دَمَ القِرَانِ، وَمَعَ عَدَمِ مُطَابَقَته فَهُوَ مُنَاقِضٌ لقَوْله قَبْل هَذَا، وَقَالا: لا شَيْءَ عَلَيْه فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا إلى أَنْ قَال: وَالحَلقُ قَبْل الذَّبْحِ.

وَعَلى هَذَا كَانَ الحَقُّ أَنْ يَقُول: فَعَلَيْه دَمَان عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: دَمٌ للقِرَان، وَدَمٌ بِتَأْخِيرِ الذَّبْحِ، فَكَأَنَّهُ سَهْوٌ وَقَعَ مِنْهُ أَوْ مِنْ الكَاتِبِ، وَلا عَيْبَ فِي السَّهْوِ عَلى الإِنْسَان. فَإِنْ قِيل: قَدْ وَقَعَ فِي عِبَارَة بَعْضِ المَشَايِخ: دَمُ القِرَان وَاجِبٌ إجْمَاعًا وَدَمٌ آخَرُ بِسَبَب الجِنَايَةِ عَلى الإِحْرَامِ؛ لأَنَّ الحَلقَ لا يَحِلُّ إلا بَعْدَ الذَّبْحِ وَاجِبٌ أَيْضًا إجْمَاعًا، وَدَمٌ آخَرُ

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِسَبَبِ تَأْخِيرِ الذَّبْحِ عَنْ الحَلقِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ قَدْ اخْتَارَ ذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْ دَمَ القِرَانِ مِنْ الجَانِبَيْنِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الآخرَ وَأَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ وَهُوَ الأَوَّلُ وَذَكَرَ المُخْتَلفَ فِيهِ. قُلت: يَأْبَاهُ قَوْلُهُ: فِيمَا تَقَدَّمَ، وَقَالا لا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الوَجْهَيْنِ، فَإِنَّهُ تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُمَا لا يَقُولانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِوُجُوبِ شَيْءٍ يَتَعَلَّقُ بِالكَفَّارَةِ أَصْلا، عَلَى أَنَّهُ مُخَالِفٌ لِمَا هُوَ الأَصْلُ فِي وَضْعِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَهُوَ الجَامِعُ الصَّغِيرُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ يَجِبُ عَلَيْهِ ثَلاثَةُ دِمَاءٍ؛ لأَنَّ جِنَايَةَ القَارِنِ مَضْمُونَةٌ بِالدَّمَيْنِ وَهُوَ اعْتِرَاضُ الإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ. فَالجَوَابُ أَنَّ مَا يَجِبُ عَلَى المُفْرِدِ فِيهِ دَمٌ فَعَلَى القَارِنِ دَمَانِ، وَلَوْ قَدَّمَ المُفْرِدُ الحَلقَ عَلَى الذَّبْحِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَلا يَتَضَاعَفُ عَلَى القَارِنِ.

فَصلٌ

إعلم أنَّ صَيدَ البَرِّ مُحَرَّمٌ عَلى المُحرِمِ، وَصَيدَ البَحرِ حَلالٌ لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ ﴾ **[المائدة: ٩٦] إلى آخرِ الآيَة. وَصَيدُ البَرِّ مَا يَكُونُ تَوَالُدُهُ وَمَثوَاهُ فِي البَرِّ، وَصَيدُ البَحرِ مَا يَكُونُ تَوَالُدُهُ وَمَثوَاهُ فِي المَاءِ. وَالصَّيدُ هُوَ الحيوان المُمتَنِعُ المُتَوَحِّشُ فِي أَصل الخِلقَةِ، وَاستَثنَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الخَمسَ الفَوَاسِقَ وَهِيَ: الكَلبُ العَقُورُ، وَالذِّئبُ وَالحِدَأَةُ، وَالغُرَابُ وَالحَيَّةُ، وَالعَقرَبُ، فَإِنَّهَا مُبتَدِئَاتٌ بِالأَذَى. وَالمُرَادُ بِهِ الغُرَابُ الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ. هُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.**

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا كَانَتْ الجِنَايَةُ عَلَى الإِحْرَامِ بِالصَّيْدِ نَوْعًا آخَرَ فُصِلَ عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ، (الصَّيْدُ هُوَ الحَيَوَانُ المُمْتَنِعُ المُتَوَحِّشُ فِي أَصْلِ الخِلقَةِ) فَقَوْلُهُ: (الحَيَوَانُ) بِمَنْزِلَةِ الجِنْسِ. وَقَوْلُهُ: (المُمْتَنِعِ) وَهُوَ الَّذِي يَمْنَعُ نَفْسَهُ عَمَّنْ قَصَدَهُ إِمَّا بِقَوَائِمِهِ أَوْ بِجَنَاحَيْهِ يُخْرِجُ الحَيَوَانَاتِ الأَهْلِيَّةَ كَالبَقَرِ وَالغَنَمِ وَنَحْوِهِمَا وَالدَّجَاجِ وَالبَطِّ. وَقَوْلُهُ: (المُتَوَحِّشُ فِي أَصْلِ الخِلقَةِ) يَدْخُلُ فِيهِ الحَمَامُ المُسَرْوَلُ وَالظَّبْيُ المُسْتَأْنَسُ، وَتَخْرُجُ الإِبِلُ المُتَوَحِّشَةُ؛ لأَنَّ الاسْتِئْنَاسَ فِي الأَوَّلِ وَالتَّوَحُّشَ فِي الثَّانِي عَارِضِيٌّ لا مُعْتَبَرَ بِهِ.

وَهُوَ عَلَى نَوْعَيْنِ: بَرِّيٌّ وَهُوَ مَا يَكُونُ مَوْلِدُهُ وَمَثْوَاهُ فِي البَرِّ، وَبَحْرِيٌّ وَهُوَ مَا يَكُونُ مَوْلِدُهُ وَمَثْوَاهُ فِي المَاءِ، وَالاعْتِبَارُ لِلمَوْلِدِ؛ لأَنَّهُ الأَصْلُ، فَالبَطُّ وَالإِوَزُّ بَرِّيٌّ؛ لأَنَّ

مَوْلدَهُمَا البَرُّ، وَالضُّفْدَعُ بَحْرِيٌّ؛ لأَنَّ مَوْلدَهُ البَحْرُ (وَصَيْدُ البَحْرِ حَلالٌ للمُحْرِمِ) سَوَاءٌ كَانَ مَأْكُولا أَوْ لَمْ يَكُنْ.

(وَصَيْدُ البَرِّ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ لقَوْله تَعَالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] الآيَةَ. وَاسْتَثْنَى رَسُولُ اللَّه ﷺ) أَيْ: بَيَّنَ عَدَمَ دُخُولهَا فِي الآيَة؛ لأَنَّ حَقيقَةَ الاسْتثْنَاء لا تُتَصَوَّرُ، وَلكنَّهُ لَمَّا كَانَ عنْدَنَا لبَيَان أَنَّهُ لَمْ يَدْخُل اسْتعَارَةً لَهُ (الخَمْسَ الفَوَاسقَ وَهيَ: الكَلبُ العَقُورُ، وَالذِّئْبُ وَالحدَأَةُ، وَالغُرَابُ، وَالحَيَّةُ، وَالعَقْرَبُ) عَلى مَا ذُكرَ فِي الكتَاب، وَهيَ ستَّةٌ، وَسَيَأْتي العُذْرُ عَنْ ذَلكَ.

وَسُمِّيَتْ فَوَاسقَ اسْتعَارَةً لخُبْثهنَّ، وَقيل لخُرُوجهنَّ منْ الحُرْمَة لابْتدَائهنَّ بالأَذَى، وَلَمَّا كَانَ مَشْهُورًا جَازَتْ الزِّيَادَةُ به عَلى الكتَاب، وَلا فَرْقَ فِي الصَّيْد بَيْنَ المَمْلُوك وَالمُبَاح وَالمَأْكُول وَغَيْره لتَنَاوُل اسْم الصَّيْد ذَلكَ كُلَّهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَل المُحرِمُ صَيداً أَو دَلَّ عَليهِ مَن قَتَلهُ فَعَليهِ الجَزَاءُ) أَمَّا القَتلُ فَلقَولهِ تَعَالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ﴾ [المائدة: ٩٥] الآيَةَ نَصٌّ عَلى إِيجَابِ الجزَاءِ. وَأَمَّا الدَّلالَةُ فَفِيهَا خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَقُولُ: الجزَاءُ تَعَلَّقَ بِالقَتل، وَالدَّلالَةُ ليسَت بِقَتلٍ، فَأَشبَهَ دَلالَةَ الحَلال حَلالا. وَلنَا مَا رَوَينَا مِن حَديثِ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ. وَقَال عَطَاءٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَجمَعَ النَّاسُ عَلى أَنَّ عَلى الدَّال الجزَاءَ؛ وَلأَنَّ الدَّلالَةَ مِن مَحظُورَاتِ الإِحرَامِ وَلأَنَّهُ تَفوِيتُ الأَمنِ عَلى الصَّيدِ إِذ هُوَ آمِنٌ بِتَوَحُّشِهِ وَتَوَارِيهِ فَصَارَ كَالإِتلافِ؛ وَلأَنَّ المُحرِمَ بِإِحرَامِهِ التَزَمَ الامتِنَاعَ عَن التَّعَرُّضِ فَيَضمَنُ بِتَركِ مَا التَزَمَهُ كَالمُودَعِ بِخِلافِ الحَلال لأَنَّهُ لا التِزَامَ مِن جِهَتِهِ، عَلى أَنَّ فِيهِ الجزَاءَ عَلى مَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَالدَّلالَةُ المُوجِبَةُ للجزَاءِ أَن لا يَكُونَ المَدلُولُ عَالمًا بِمَكَانِ الصَّيدِ وَأَن يُصَدِّقَهُ فِي الدَّلالَةِ، حَتَّى لو كَذَّبَهُ وَصَدَّقَ غَيرَهُ لا ضَمَانَ عَلى المُكَذَّبِ (وَلو كَانَ الدَّالُّ حَلالا فِي الحَرَمِ لم يَكُن عَليهِ شَيءٌ) لمَا قُلنَا (وَسَوَاءٌ فِي ذَلكَ العَامِدُ وَالنَّاسِي) لأَنَّهُ ضَمَانٌ يَعتَمِدُ وُجُوبُهُ الإِتلافُ فَأَشبَهَ غَرَامَاتِ الأَموَال (وَالمُبتَدِئُ وَالعَائِدُ سَوَاءٌ) لأَنَّ المُوجِبَ لا يَختَلفُ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا قَتَل المُحْرِمُ صَيْدًا أَوْ دَلَّ عَليْه مَنْ قَتَلهُ فَعَليْه الجَزَاءُ) أَمَّا القَتْلُ فَلمَا

ذَكَرَهُ فِي الكتَاب وَهُوَ وَاضحٌ، وَأَمَّا الدَّلالةُ فَعلى القِسْمَة العَقْليَّة أَرْبَعَةُ أَقْسَام: إمَّا أَنْ يَكُونَ الدَّالُّ وَالمَدْلُولُ حَلالَيْنِ أَوْ مُحرِمَيْنِ، أَوْ الدَّالُّ حَلالا وَالمَدْلُول مُحْرِمًا أَوْ بالعَكْسِ مِنْ ذَلكَ. وَالأَوَّلُ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فيه، وَالثَّاني عَلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيه جَزَاءٌ كَاملٌ عِنْدَنَا، وَفِي الثَّالث عَلى المَدْلُول الجَزَاءُ دُونَ الدَّالِّ كَذَلكَ، وَفِي الرَّابِعِ عَكْسُهُ.

وَقَال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا شَيْءَ عَلى الدَّالِّ أَصْلا؛ لأَنَّ الجَزَاءَ يَتَعَلَّقُ بالقَتْل بالنَّصِّ، (وَالدَّلالةُ لَيْسَتْ بقَتْلٍ فَأَشْبَهَ دَلالةَ الحَلال حَلالا)، وَقَوْلُهُ: حَلالا لَيْسَ بقَيْدٍ فَإِنَّ المَدْلُول إنْ كَانَ مُحْرِمًا فَالحُكْمُ كَذَلكَ (وَلنَا مَا رَوَيْنَا مِنْ حَديث أَبِي قَتَادَةَ) ﷺ «هَل دَللتُمْ عَليْه؟ هَل أَشَرْتُمْ إليْه؟» عَلى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الإحْرَامِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ الدَّلالةَ مِنْ مَحْظُورَاتِ الإحْرَامِ.

فَإِنْ قِيل: خَبَرٌ وَاحدٌ لا يُقَاوِمُ النَّصَّ الصَّريحَ. قُلت: مَا تَقَدَّمَ فِي النَّصِّ ذِكْرُ القَتْل وَتَخْصِيصُ الشَّيْءِ بالذِّكْرِ لا يَدُلُّ عَلى نَفْيِ الحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ، وَالحَديثُ يَدُلُّ عَلى ذَلكَ فَيَثْبُتُ الحُكْمُ بِه، (وَقَال عَطَاءٌ) هُوَ ابْنُ أَبِي رَبَاحٍ تِلميذُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: (أَجْمَعَ النَّاسُ عَلى أَنَّ عَلى الدَّالِّ الجَزَاءَ) قَال الطَّحَاوِيُّ: وَلَمْ يُرْوَ عَنْ أَحَدٍ مِنْ الصَّحَابَةِ خِلافُ ذَلكَ فَصَارَ ذَلكَ إجْمَاعًا.

وَرُدَّ بأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: لَيْسَ عَلى الدَّالِّ الجَزَاءُ. وَأُجِيبَ بأَنَّهُ لَيْسَ بثَابت، وَلئِنْ كَانَ حُمِل عَلى مَا إذَا دَلَّ وَلَمْ يَقْتُلهُ المَدْلُولُ فَإِنَّ الإجْمَاعَ فِيمَا إذَا قَتَلهُ، فَكَانَ كَلامُهُ غَيْرَ مُتَعَرِّضٍ لمَحَلِّ الإجْمَاعِ؛ (وَلأَنَّ الدَّلالةَ مِنْ مَحْظُورَاتِ الإحْرَامِ)، وَالإِقْدَامُ عَليْهَا يُوجِبُ الجَزَاءَ لا مَحَالةَ؛ (وَلأَنَّهُ) أَيْ: الدَّلالةَ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ نَظَرًا إلى الخَبَرِ وَهُوَ (تَفْوِيتُ الأَمْنِ مِنْ الصَّيْد) أَيْ: الدَّلالةُ تُفَوِّتُ الأَمْنَ مِنْ الصَّيْد.

(لأَنَّهُ آمِنٌ بتَوَحُّشه) مِنْ النَّاسِ، (وَتَوَاريه) عَنْ أَعْيُنِهِمْ، وَبالدَّلالة يَزُولُ ذَلكَ (فَصَارَتْ كَالإِتْلاف) وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ المُحْرِمَ) دَليلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ الجَوَابَ عَنْ قَوْل الخَصْمِ فَأَشْبَهَ دَلالةَ الحَلال. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المُحْرِمَ بِإِحْرَامِه التَزَمَ الامْتِنَاعَ عَنْ التَّعَرُّضِ لأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ يَتَضَمَّنُ ذَلكَ شَرْعًا، وَالدَّلالةُ مُبَاشَرَةٌ لخِلاف مَا الْتُزِمَ وَذَلكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ كَدَلالة المُودَعِ السَّارِقَ عَلى الوَديعَة، (بخِلاف الحَلال) فَإِنَّهُ لَمْ يَلتَزِمْ شَيْئًا.

(عَلى أَنَّ فِيه) أَيْ: فِيمَا إذَا دَلَّ الحَلالُ عَلى صَيْدِ الحَرَمِ (الجَزَاءَ عَلى مَا رُوِيَ عَنْ

أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَالدَّلالَةُ المُوجِبَةُ للجَزَاءِ أَنْ لا يَكُونَ المَدْلُولُ عَالِمًا بِمَكَانِ الصَّيْدِ)؛ لأَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ لَمْ يَكُنْ زَوَالُ الأَمْنِ بِدَلالَتِهِ فَلا يَكُونُ فِي مَعْنَى الإِتْلافِ، (وَأَنْ يُصَدِّقَهُ فِي الدَّلالَةِ) لِيَكُونَ فِي مَعْنَى الإِتْلافِ.

(أَمَّا إِذَا كَذَّبَهُ وَصَدَّقَ غَيْرَهُ فَلا ضَمَانَ عَلَى المُكَذِّبِ) وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى ذَلِكَ الغَيْرِ إِنْ كَانَ مُحْرِمًا، وَهَهُنَا شُرُوطٌ أُخَرُ لَمْ يَذْكُرْهَا: **أَحَدُهَا**: أَنْ يَتَّصِلَ القَتْلُ بِهَذِهِ الدَّلالَةِ؛ لأَنَّ مُجَرَّدَ الدَّلالَةِ لا يُوجِبُ شَيْئًا. **وَالثَّانِي**: أَنْ يَبْقَى الدَّالُّ مُحْرِمًا عِنْدَ أَخْذِ المَدْلُولِ؛ لأَنَّ فِعْلَهُ إِنَّمَا يَتِمُّ جِنَايَةً إِذَا بَقِيَ مُحْرِمًا إِلَى وَقْتِ القَتْلِ. **وَالثَّالِثُ**: أَنْ يَأْخُذَهُ المَدْلُولُ قَبْلَ أَنْ يَنْفَلِتَ، فَلَوْ صَدَّقَهُ وَلَمْ يَقْتُلْهُ حَتَّى انْفَلَتَ ثُمَّ أَخَذَهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَتَلَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَى الدَّالِّ شَيْءٌ؛ لأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ جُرْحٍ انْدَمَلَ (وَلَوْ كَانَ الدَّالُّ حَلالا فِي الحَرَمِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِمَا قُلْنَا) إِنَّهُ لا التِزَامَ مِنْ جِهَتِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: بَلْ مِنْ جِهَتِهِ التَزَمَ بِعَقْدِ الإِسْلامِ أَنْ لا يَتَعَرَّضَ لِصَيْدِ الحَرَمِ. أُجِيبَ بِأَنَّ عَقْدَ الإِسْلامِ لَيْسَ بِكَافٍ فِي ذَلِكَ، بَلْ لا بُدَّ مِنْ عَقْدٍ خَاصٍّ كَمَا فِي عَقْدِ الوَدِيعَةِ، أَلا تَرَى أَنَّ المُسْلِمَ التَزَمَ بِعَقْدِ الإِسْلامِ أَنْ لا يَتَعَرَّضَ لأَمْوَالِ النَّاسِ، ثُمَّ لَوْ دَلَّ سَارِقًا عَلَى مَالِ إِنْسَانٍ فَأَخَذَهُ لا ضَمَانَ عَلَى الدَّالِّ. (**وَالعَامِدُ وَالنَّاسِي فِي وُجُوبِ الجَزَاءِ سَوَاءٌ**) كَانَا قَاتِلَيْنِ أَوْ دَالَّيْنِ؛ (لأَنَّهُ ضَمَانٌ يَعْتَمِدُ وُجُوبُهُ الإِتْلافَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ **وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم** ﴾ [المائدة: ٩٥] وَكُلُّ ضَمَانٍ يَعْتَمِدُ وُجُوبُهُ الإِتْلافَ فَالعَامِدُ فِيهِ كَالنَّاسِي كَمَا فِي غَرَامَاتِ الأَمْوَالِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَيْسَ هَذَا كَغَرَامَاتِ الأَمْوَالِ، أَلا تَرَى أَنَّ رَجُلَيْنِ لَوْ اشْتَرَكَا فِي إِتْلافِ شَاةِ الغَيْرِ كَانَ عَلَى كُلٍّ مِنْهُمَا نِصْفُ القِيمَةِ، وَإِنْ اشْتَرَكَا فِي قَتْلِ صَيْدٍ كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءٌ كَامِلٌ. فَالجَوَابُ أَنَّ مَنَاطَ الإِلحَاقِ مُدَارٌ بِهِ الإِتْلافُ لِلضَّمَانِ وَقَدْ وُجِدَتْ، وَالاتِّحَادُ فِي جَمِيعِ الجِهَاتِ يَرْفَعُ التَّعَدُّدَ وَيُبْطِلُ القِيَاسَ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ عَلَى مُخَالَفَةِ النَّصِّ القَاطِعِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ **وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا** ﴾ [المائدة: ٩٥] نَصٌّ عَلَى التَّعَمُّدِ وَهُوَ يُخَالِفُ النِّسْيَانَ. فَالجَوَابُ أَنَّ التَّخْصِيصَ بِالذِّكْرِ لا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُ النِّسْيَانِ بِدَلِيلٍ آخَرَ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «**الضَّبُعُ صَيْدٌ وَفِيهِ شَاةٌ**» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ عَمْدٍ وَنِسْيَانٍ،

وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا فَائِدَةُ قَوْلِه: مُتَعَمِّدًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّها التَّنْبِيهُ؛ لِأَنَّ الدَّلالَةَ قَدْ قَامَتْ عَلَى أَنَّ صِفَةَ التَّعَمُّدِ فِي القَتْلِ تَمْنَعُ وُجُوبَ الكَفَّارَةِ فَأَعْلَمَ اللَّهُ تَعَالَى هَهُنَا بِأَنَّهَا إِذَا وَجَبَتْ فِي العَمْدِ فَلأَنْ تَجِبَ فِي الخَطَأِ أَوْلَى.

(وَالْمُبْتَدِئُ وَالعَائِدُ) فِي وُجُوبِ الكَفَّارَةِ (سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ العِلَّةَ المُوجِبَةَ كَمَا وُجِدَتْ ابْتِدَاءً فَقَدْ وُجِدَتْ انْتِهَاءً فِي المَرَّةِ الثَّانِيَة، فَلَوْ تَخَلَّفَ الحُكْمُ عَنْهُ بَطَلَتْ. فَإِنْ قِيلَ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُ ﴾ [المائدة: ٩٥] جَعَل كُلَّ جَزَائِه بِالفَاءِ انْتِقَامَ اللَّهِ فَلا يَكُونُ لهُ مِنْهُ مُوجِبٌ سِوَاهُ كَمَا عُرِفَ. فَالجَوَابُ أَنَّ هَذَا مُتَمَسَّكُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَدَاوُد الظَّاهِرِيِّ فِي أَنَّ مُوجِبَ العَائِد أَنْ يُقَال لهُ: اذْهَبْ فَيَنْتَقِمَ اللَّهُ مِنْك.

وَلَكِنَّا نَقُولُ: إِنَّ ذَلِكَ إِذَا عَادَ مُسْتَحِلا أَوْ مُسْتَحِقًّا بِه كَمَا فِي قَوْله تَعَالَى فِي بَابِ الرِّبَا ﴿ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ﴾ [البقرة: ٢٧٥] الآيَةَ، وَأَمَّا إِذَا لمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَعَلَيْه الجَزَاءُ عَمَلا بِدَلالَة النَّصِّ.

(وَالجزَاءُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَن يُقَوَّمَ الصَّيدُ فِي المَكَانِ الَّذِي قُتِل فِيهِ أَو فِي أَقرَبِ المَوَاضِعِ مِنهُ إذَا كَانَ فِي بَرِّيَّةٍ فَيُقَوِّمُهُ ذَوَا عَدلٍ، ثُمَّ هُوَ مُخَيَّرٌ فِي الفِدَاءِ إن شَاءَ ابتَاعَ بِهَا هَديًا وَذَبَحَهُ إن بَلَغَت هَديًا، وَإِن شَاءَ اشتَرَى بِهَا طَعَامًا وَتَصَدَّقَ عَلَى كُلِّ مِسكِينٍ نِصفَ صَاعٍ مِن بُرٍّ أَو صَاعًا مِن تَمرٍ أَو شَعِيرٍ، وَإِن شَاءَ صَامَ) عَلى مَا نَذكُرُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ فِي الصَّيدِ النَّظِيرُ فِيمَا لهُ نَظِيرٌ، فَفِي الظَّبيِ شَاةٌ، وَفِي الضَّبُعِ شَاةٌ، وَفِي الأَرنَبِ عَنَاقٌ، وَفِي اليَربُوعِ جَفرَةٌ، وَفِي النَّعَامَةِ بَدَنَةٌ، وَفِي حِمَارِ الوَحشِ بَقَرَةٌ لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ فَجَزَآءٌ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ [المائدة: ٩٥] وَمِثلُهُ مِن النَّعَمِ مَا يُشبِهُ المَقتُول صُورَةً؛ لأَنَّ القِيمَةَ لا تَكُونُ نَعَمًا.

وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أَوجَبُوا النَّظِيرَ مِن حَيثُ الخِلقَةُ وَالمَنظَرُ فِي النَّعَامَةِ وَالظَّبيِ وَحِمَارِ الوَحشِ وَالأَرنَبِ عَلى مَا بَيَّنَّا. وَقَال ﷺ: «الضَّبُعُ صَيدٌ وَفِيهِ شَاةٌ» وَمَا ليسَ لهُ نَظِيرٌ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ فِيهِ القِيمَةُ مِثل العُصفُورِ وَالحَمَامِ وَأَشبَاهِهِمَا. وَإِذَا وَجَبَت القِيمَةُ كَانَ قَولُهُ كَقَولِهِمَا.

وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُوجِبُ فِي الحَمَامَةِ شَاةً وَيُثبِتُ المُشَابَهَةَ بَينَهُمَا مِن حَيثُ إنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَعُبُّ وَيَهدِرُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ المِثل المُطلقَ هُوَ المِثلُ صُورَةً وَمَعنًى، وَلا يُمكِنُ الحَملُ عَلَيهِ فَحُمِل عَلَى المِثل مَعنًى لكَونِهِ مَعهُودًا فِي الشَّرعِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ أَو لكَونِهِ مُرَادًا بِالإجمَاعِ، أَو لِمَا فِيهِ مِن التَّعمِيمِ، وَفِي ضِدِّهِ التَّخصِيصُ.

وَالمُرَادُ بِالنَّصِّ وَاللَّهُ أَعلمُ فَجَزَاءُ قِيمَةِ مَا قَتَل مِن النَّعَمِ الوَحشِيِّ. وَاسمُ النَّعَمِ يَنطَلِقُ عَلى الوَحشِيِّ وَالأَهلِيِّ، كَذَا قَالهُ أَبُو عُبَيدَةَ وَالأَصمَعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ التَّقدِيرُ بِهِ دُونَ إيجَابِ المُعَيَّنِ. ثُمَّ الخِيَارُ إلى القَاتِل فِي أَن يَجعلَهُ هَديًا أَو طَعَامًا أَو صَومًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الخِيَارُ إلى الحَكَمَينِ فِي ذَلكَ، فَإِن حَكَمَا بِالهَدي يَجِبُ النَّظِيرُ عَلى مَا ذَكَرنَا، وَإِن حَكَمَا بِالطَّعَامِ أَو بِالصِّيَامِ فَعَلى مَا قَال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ. لهُمَا أَنَّ التَّخيِيرَ شُرِعَ رِفقًا بِمَن عَليهِ فَيَكُونُ الخِيَارُ إليهِ كَمَا فِي كَفَّارَةِ اليَمِينِ. وَلمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ قَوله تَعَالى: ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا ﴾ [المائدة: ٩٥] الآيَةَ، ذُكِرَ الهَديُ مَنصُوبًا لأَنَّهُ تَفسِيرٌ لقَولهِ تَعَالى: ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ﴾ وَمَفعُولٌ لحُكمِ الحَكَمِ، ثُمَّ ذَكَرَ الطَّعَامَ وَالصِّيَامَ بِكَلمَةِ أَو فَيَكُونُ الخِيَارُ إليهِمَا.

قُلنَا: الكَفَّارَةُ عُطِفَت عَلى الجَزَاءِ لا عَلى الهَديِ بِدَليل أَنَّهُ مَرفُوعٌ، وَكَذَا قَوله تَعَالى: ﴿ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا ﴾ [المائدة: ٩٥] مَرفُوعٌ، فَلم يَكُن فِيهَا دَلالَةُ اختِيَارِ الحَكَمَينِ، وَإِنَّمَا يُرجَعُ إليهِمَا فِي تَقوِيمِ المُتلفِ ثُمَّ الاختِيَارِ بَعدَ ذَلكَ إلى مَن عَليهِ، وَيُقَوِّمَانِ فِي المَكَانِ الَّذِي أَصَابَهُ لاختِلافِ القِيَمِ بِاختِلافِ الأَمَاكِنِ، فَإِن كَانَ المَوضِعُ بَرًّا لا يُبَاعُ فِيهِ الصَّيدُ يُعتَبَرُ أَقرَبُ المَوَاضِعِ إليهِ مِمَّا يُبَاعُ فِيهِ وَيُشتَرَى. قَالُوا: وَالوَاحِدُ يَكفِي وَالمُثنَّى أَولى؛ لأَنَّهُ أَحوَطُ وَأَبعَدُ عَن الغَلطِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ. وَقِيل يُعتَبَرُ المُثنَّى هَهُنَا بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالْجَزَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنْ يَقُومَ الصَّيْدُ) يَعْنِي يُقَوِّمُهُ ذَوَا عَدْلٍ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ صَيْدٌ لا مِنْ حَيْثُ مَا زَادَ عَلَيْهِ صَنْعَةً، فَإِذَا قَتَل الْمُحْرِمُ بَازِيَهُ الْمُعَلَّمَ

فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ غَيْرَ مُعَلَّمٍ وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا قَتَلَهُ لِغَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ قِيمَتُهُ مُعَلَّمًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ وُجُوبَ الجَزَاءِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الصَّيْدِيَّةِ وَهُوَ التَّوَحُّشُ وَالتَّنَفُّرُ عَنْ النَّاسِ، وَكَوْنُهُ مُعَلَّمًا لا مَدْخَلَ لهُ فِي ذَلكَ بَلْ يُنْتَقَصُ بِهِ ذَلكَ فَلا يَدْخُلُ فِي الجَزَاءِ.

وَأَمَّا وُجُوبُ القِيمَةِ فِي الإِتْلافِ فَبِاعْتِبَارِ المَالِيَّةِ وَهِيَ بِالانْتِفَاعِ، وَذَلكَ يَزْدَادُ بِكَوْنِهِ مُعَلَّمًا فَيَدْخُلُ فِي الضَّمَانِ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِقَوْلِهِ: صَنْعَةً لأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ بِأَمْرٍ خِلقِيٍّ كَمَا إِذَا كَانَ طَيْرٌ يُصَوِّتُ فَازْدَادَ قِيمَتُهُ لِذَلكَ فَفِي اعْتِبَارِ ذَلكَ فِي الجَزَاءِ رِوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ لا يُعْتَبَرُ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مَعْنَى الصَّيْدِيَّةِ فِي شَيْءٍ، وَفِي أُخْرَى يُعْتَبَرُ؛ لأَنَّهُ وَصْفٌ ثَابِتٌ بِأَصْلِ الخِلقَةِ كَالحَمَامِ إِذَا كَانَ مُطَوَّقًا.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ هُوَ) يَعْنِي القَاتِلَ (مُخَيَّرٌ فِي الفِدَاءِ) ظَاهِرٌ، (وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: **يَجِبُ فِي الصَّيْدِ النَّظِيرُ فِيمَا لهُ نَظِيرٌ**) أَيْ: فِي المَنْظَرِ لا فِي القِيمَةِ (**فَفِي الظَّبْيِ شَاةٌ**) ظَاهِرٌ، وَاسْتَدَلا عَلى ذَلكَ بِقَوْلِهِ تَعَالى: ﴿ فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ [المائدة: ٩٥] وَوَجْهُهُ أَنَّ مِثْل المَقْتُولِ مِنْ النَّعَمِ مَا يُشْبِهُ المَقْتُولَ صُورَةً؛ لأَنَّ مِنْ النَّعَمِ بَيَانٌ لِلمِثْلِ.

(وَالقِيمَةُ لا تَكُونُ نَعَمًا، وَبِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) وَهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ (أَوْجَبُوا النَّظِيرَ عَلى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ: (**فَفِي الظَّبْيِ شَاةٌ وَفِي الضَّبُعِ شَاةٌ وَفِي اليَرْبُوعِ جَفْرَةٌ**)، وَهِيَ الَّتِي بَلغَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إلخ، (وَمَا لَيْسَ لهُ نَظِيرٌ) مِنْ حَيْثُ الخِلقَةُ (مِثْلُ العُصْفُورِ وَالحَمَامِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا يَجِبُ فِيهِ القِيمَةُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَإِذَا وَجَبَتْ القِيمَةُ كَانَ قَوْلُهُ: كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ).

وَالشَّافِعِيُّ يَعْتَبِرُ المُمَاثَلةَ مِنْ حَيْثُ الصِّفَاتُ فَأَوْجَبَ فِي الحَمَامِ شَاةً لِمُشَابَهَةِ بَيْنَهُمَا (مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعُبُّ وَيَهْدُرُ) العَبُّ مِنْ بَابِ طَلبَ: أَيْ: يَشْرَبُ المَاءَ بِمَرَّةٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْطَعَ الجَرْعَ، قَالهُ أَبُو عَمْرٍو، وَالحَمَامُ يَشْرَبُ هَكَذَا بِخِلافِ سَائِرِ الطُّيُورِ فَإِنَّهَا تَشْرَبُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيُقَالُ: هَدَرَ البَعِيرُ وَالحَمَامُ إِذَا صَوَّتَ مِنْ بَابِ ضَرَبَ. (وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ) اللَّهَ تَعَالى أَطْلقَ المِثْل.

وَ (المِثْل المُطْلقَ هُوَ المِثْلُ صُورَةً وَمَعْنًى وَلا يُمْكِنُ الحَمْلُ عَليْهِ) لِخُرُوجِ مَا لَيْسَ لهُ مِثْلٌ صُورِيٌّ مِنْ تَنَاوُلِ النَّصِّ، وَفِي ذَلكَ إِهْمَالُهُ عَنْ حُكْمِ الشَّرْعِ فَحُمِلَ عَلى المِثْل

مَعْنًى لكَوْنِه مَعْهُودًا فِي الشَّرْعِ كَمَا فِي حُقُوقِ العبَادِ، أَوْ لكَوْنِ المِثْلِ المَعْنَوِيِّ مُرَادًا بِالإِجْمَاعِ فِيمَا لا مِثْلَ لهُ صُورَةً فَلا يَكُونُ غَيْرُهُ مُرَادًا وَإِلا لزِمَ عُمُومُ المُشْتَرَكِ، أَوْ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ، وَكِلاهُمَا غَيْرُ جَائِزٍ هَذَا مَا قَالُوا.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ المِثْلَ لَيْسَ بِمُشْتَرَكٍ بَيْنَ المِثْلِ صُورَةً وَبَيْنَهُ مَعْنًى، وَلا هُوَ حَقِيقَةٌ فِي أَحَدِهِمَا مَجَازٌ فِي الآخَرِ حَتَّى يَلزَمَ مَا ذَكَرْتُمْ، بَل هُوَ مُطْلَقٌ يَتَنَاوَلُهُمَا كَالرَّقَبَةِ تَتَنَاوَلُ المُؤْمِنَةَ وَالكَافِرَةَ فَيَدْخُلُ تَحْتَهُ المِثْلُ المُطْلَقُ الصُّورِيُّ وَالمَعْنَوِيُّ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] دَخَل مَا لهُ مِثْلٌ صُورَةً وَمَعْنًى كَمَا فِي المِثْلِيَّاتِ، وَمَا لَيْسَ لهُ مِثْلٌ إلا مَعْنًى كَالقِيَمِيَّاتِ.

وَالجَوَابُ أَنَّ المُطْلَقَ مَا يَتَعَرَّضُ للذَّاتِ دُونَ الصِّفَاتِ لا بِالنَّفْيِ وَلا بِالإِثْبَاتِ فَهُوَ الدَّالُّ عَلى المَاهِيَّةِ فَقَطْ، وَذَلكَ يَتَحَقَّقُ تَحْتَ كُلِّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِهِ المُحْتَمَلة، فَلوْ كَانَ دَالا عَلى ذَلكَ لوَجَبَ النَّعَامَةُ عَنْ النَّعَامَةِ، وَليْسَ كَذَلكَ بَل هُوَ حَقِيقَةٌ عُرْفِيَّةٌ فِي المُطْلَقِ وَمَجَازٌ فِي غَيْرِهِ، وَالمَجَازُ هَهُنَا مُرَادٌ بِالإِجْمَاعِ فَلا يَكُونُ غَيْرُهُ مُرَادًا، وَبِمِثْلِ ذَلكَ نَقُولُ فِي الآيَةِ الأُخْرَى، أَمَّا عَلى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ: مُوجِبُ الغَصْبِ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ فَظَاهِرٌ؛ لأَنَّ المُوجِبَ الأَصْليَّ أَوْلى بِالإِرَادَةِ، وَرَدَّ العَيْنِ ثَبَتَ بِقَوْلِه عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**عَلى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ**».

وَأَمَّا عَلى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ: مُوجِبُ الغَصْبِ رَدُّ العَيْنِ وَأَدَاءُ القِيمَةِ مُخَلِّصٌ، فَكَذَلكَ تَكُونُ القِيمَةُ ثَابِتَةً بِالكِتَابِ، وَرَدُّ العَيْنِ بِالسُّنَّةِ، وَهَذَا الحَلُّ مِنْ خَوَاصِّ هَذَا الشَّرْحِ، وَجَهْدُ المُقِلِّ دُمُوعُهُ.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ لِمَا فِيهِ مِنْ التَّعْمِيمِ) دَليلٌ آخَرُ: يَعْنِي فِي اعْتِبَارِ المِثْلِ مَعْنًى تَعْمِيمٌ؛ لأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ مَا لهُ نَظِيرٌ وَمَا لَيْسَ لهُ نَظِيرٌ، (وَفِي ضِدِّهِ) أَيْ: فِي اعْتِبَارِ المِثْلِ صُورَةً (تَخْصِيصٌ)؛ لِتَنَاوُلِهِ مَا لهُ نَظِيرٌ فَقَطْ، وَالعَمَلُ بِالتَّعْمِيمِ أَوْلى لكَوْنِ النَّصِّ حِينَئِذٍ أَعَمَّ فَائِدَةً.

وَقَوْلُهُ: (وَالمُرَادُ بِالنَّصِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله: (لأَنَّ القِيمَةَ لا تَكُونُ نَعَمًا)، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المُرَادَ بِالآيَةِ فَجَزَاءٌ هُوَ قِيمَةُ مَا قُتِل مِنْ النَّعَمِ الوَحْشِيِّ؛ لأَنَّ المِثْلَ بِمَعْنَى القِيمَةِ عَلى مَا بَيَّنَّا، وَمِنْ النَّعَمِ بَيَانٌ لِمَا قُتِل، وَالمُرَادُ مِنْ النَّعَمِ النَّعَمُ الوَحْشِيُّ؛ لأَنَّ الجَزَاءَ إِنَّمَا يَجِبُ

بِقَتْلِهِ لا بِقَتْلِ الحَيَوَانِ الأَهْلِيِّ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّعَمَ كَمَا يُطْلَقُ عَلى الأَهْلِيِّ فِي اللُّغَةِ يُطْلَقُ عَلى الوَحْشِيِّ، قَالَهُ أَبُو عُبَيْدَةَ وَالأَصْمَعِيُّ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا تَصْنَعُ بِقَوْلِهِ: هَدْيًا وَهُوَ حَالٌ مِنْ جَزَاءٍ، فَإِذَا كَانَ الجَزَاءُ القِيمَةَ كَيْفَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ هَدْيًا بَالِغَ الكَعْبَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَاهُ إِذَا قُوِّمَ فَبَلَغَتْ قِيمَتُهُ هَدْيًا بَالِغَ الكَعْبَةِ فَالقَاتِلُ بِالخِيَارِ بَيْنَ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ.

(وَقَوْلُهُ: وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: (قَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الضَّبُعُ صَيْدٌ وَفِيهِ شَاةٌ**») وَعَنْ أَثَرِ الصَّحَابَةِ: يَعْنِي أَنَّ إِيجَابَ النَّبِيِّ ﷺ وَالصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ هَذِهِ النَّظَائِرَ لَمْ يَكُنْ بِاعْتِبَارِ أَعْيَانِهَا إِذْ لا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ الضَّبُعِ وَالشَّاةِ خِلْقَةً، وَإِنَّمَا كَانَ بِاعْتِبَارِ التَّقْدِيرِ بِالقِيمَةِ، إِلا أَنَّهُمْ كَانُوا أَرْبَابَ المَوَاشِي فَكَانَ الأَدَاءُ عَلَيْهِمْ مِنْهَا أَيْسَرَ وَهُوَ نَظِيرُ قَوْلِ عَلِيٍّ رضي الله عنه فِي وَلَدِ المَغْرُورِ: يُفَكُّ الغُلامُ بِالغُلامِ وَالجَارِيَةُ بِالجَارِيَةِ وَالمُرَادُ القِيمَةُ.

قَالَ (ثُمَّ الخِيَارُ إِلى القَاتِلِ) يَعْنِي إِذَا ظَهَرَ قِيمَةُ الصَّيْدِ بِحُكْمِ الحَكَمَيْنِ وَهِيَ تَبْلُغُ هَدْيًا، فَالخِيَارُ (فِي أَنْ يَجْعَلَهُ هَدْيًا أَوْ طَعَامًا أَوْ صَوْمًا) إِلى القَاتِلِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: الخِيَارُ إِلى الحَكَمَيْنِ) فِي تَعْيِينِ أَحَدِ الأَشْيَاءِ، (فَإِنْ حَكَمَا بِالهَدْيِ يَجِبُ النَّظِيرُ عَلى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ حَكَمَا بِالطَّعَامِ أَوْ الصِّيَامِ فَعَلى مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ) يَعْنِي مِنْ اعْتِبَارِ القِيمَةِ مِنْ حَيْثُ المَعْنَى.

(لَهُمَا) أَيْ لأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (أَنَّ التَّخْيِيرَ شُرِعَ رِفْقًا بِمَنْ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ الخِيَارُ إِلَيْهِ) لِيَرْتَفِقَ بِمَا يَخْتَارُ (كَمَا فِي كَفَّارَةِ اليَمِينِ. وَلِمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ تَعَالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا﴾ [المائدة: ٩٥] الآيَةَ) وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ (ذَكَرَ الهَدْيَ مَنْصُوبًا تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ﴾، فَإِنَّ ضَمِيرَ بِهِ مُبْهَمٌ فَفَسَّرَهُ بِقَوْلِهِ: هَدْيًا فَكَانَ نَصْبًا عَلى التَّفْسِيرِ.

وَقِيلَ أَيْ: التَّمْيِيزُ فَثَبَتَ أَنَّ المِثْلَ إِنَّمَا يَصِيرُ هَدْيًا بِاخْتِيَارِهِمَا وَحُكْمِهِمَا، (أَوْ مَفْعُولٌ لِحُكْمِ الحَكَمِ) أَيْ: عَلى أَنْ يَكُونَ بَدَلا مِنْ الضَّمِيرِ مَحْمُولا عَلى مَحَلِّهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالى: ﴿قُلْ إِنَّنِى هَدَىٰنِى رَبِّىٓ إِلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ دِينًا قِيَمًا﴾ [الأنعام: ١٦١] وَفِي ذَلِكَ تَنْصِيصٌ عَلى أَنَّ التَّعْيِينَ إِلى الحَكَمَيْنِ، ثُمَّ لَمَّا ثَبَتَ ذَلِكَ فِي الهَدْيِ ثَبَتَ فِي

الطَّعَامِ وَالصِّيَامِ لعَدَمِ القَائِل وَبِالفَصْل؛ وَلأنَّهُ عَطَفَهُمَا عَلَيْه (بِكَلمَةِ أَوْ) وَهِيَ للتَّخْيِيرِ، (فَيَكُونُ الخِيَارُ إِلَيْهِمَا).

وَفِي تَوْجِيهِ هَذَا الكَلامِ إِشْكَالٌ؛ لأَنَّ ذِكْرَ الطَّعَامِ وَالصِّيَامِ بِكَلِمَةِ أَوْ لا يُفِيدُ المَطْلُوبَ إلا إذَا كَانَ كَفَّارَةٌ مَنْصُوبًا على مَا هُوَ قِرَاءَةُ عِيسَى بْنِ عُمَرَ النَّحْوِيِّ وَهِيَ شَاذَّةٌ، وَالشَّافِعِيُّ لا يَرَى الاسْتِدْلال بِالقِرَاءَةِ الشَّاذَّةِ لا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ كِتَابٌ وَلا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ خَبَرٌ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول.

وَقَوْلُهُ: (قُلنَا) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلالِهِمَا، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الدَّلِيل إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لوْ كَانَ كَفَّارَةٌ مَعْطُوفَةً عَلى هَدْيًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لاخْتِلافِ إِعْرَابِهِمَا، وَإِنَّمَا هِيَ مَعْطُوفَةٌ عَلى قَوْلِهِ: فَجَزَاءٌ بِدَلِيل أَنَّهُ مَرْفُوعٌ، (وَكَذَلكَ قَوْله تَعَالى: ﴿ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا ﴾ [المائدة: ٩٥] مَرْفُوعٌ فَلمْ يَكُنْ فِي الآيَةِ دَلالةُ اخْتِيَارِ الحَكَمَيْنِ) فِي الطَّعَامِ وَالصِّيَامِ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ الخِيَارُ فِيهِمَا للحَكَمَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ فِي الهَدْيِ لعَدَمِ القَائل بِالفَصْل.

(وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا فِي تَقْوِيمِ المُتْلفِ) لا غَيْر، (ثُمَّ الاخْتِيَارُ بَعْدَ ذَلكَ إلى مَنْ عَلَيْه) رِفْقًا لهُ، (**وَيُقَوِّمَانِ**) أَيْ: الحَكَمَانِ (**فِي المَكَانِ الَّذِي أَصَابَهُ**) المُحْرِمُ. قَال شَيْخُ الإِسْلامِ: وَكَذَا يُعْتَبَرُ الزَّمَانُ الَّذِي أَصَابَهُ فِيه لاخْتِلافِ القِيَمِ بِاخْتِلافِ الأَمَاكِنِ وَالأَزْمَان. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَ المَوْضِعُ بَرًّا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَقِيل يُعْتَبَرُ المُثَنَّى هَهُنَا) فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ (بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْله تَعَالى: ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ ﴾ [المائدة: ٩٥].

قَال فِي «الكَشَّاف» عَنْ قَبِيصَةَ أَنَّهُ أَصَابَ ظَبْيًا وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَسَأَل عَنْهُ عُمَرَ فَشَاوَرَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْف ثُمَّ أَمَرَهُ بِذَبْحِ شَاة، فَقَال قَبِيصَةُ لصَاحِبِه: وَاَللَّهُ مَا عَلِمَ أَمِيرُ المُؤْمِنِينَ حَتَّى سَأَل غَيْرَهُ، فَأَقْبَل عَلَيْهِ ضَرْبًا وَقَال: أَتَغْمِصُ الفُتْيَا وَتَقْتُلُ الصَّيْدَ وَأَنْتَ مُحْرِمٌ؟ قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا ﴾ [المائدة: ٩٥] فَأَنَا عُمَرُ وَهَذَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ.

(وَالهَدْيُ لا يُذبَحُ إلا بِمَكَّةَ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ (وَيَجُوزُ الإِطعَامُ فِي غَيرِهَا) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. هُوَ يَعتَبِرُهُ بِالهَديِ وَالجَامِعُ التَّوسِعَةُ عَلى سُكَّانِ الحَرَمِ، وَنَحنُ نَقُولُ: الهَديُ قُربَةٌ غَيرُ مَعقُولَةٍ فَيَختَصُّ بِمَكَانٍ أَو زَمَانٍ. أَمَّا الصَّدَقَةُ قُربَةٌ مَعقُولَةٌ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ (وَالصَّومُ يَجُوزُ فِي غَيرِ مَكَّةَ)؛ لأَنَّهُ قُربَةٌ فِي كُلِّ

مكَان (فَإِن ذَبحَ الهَديَ بِالكُوفَةِ أَجزَأَهُ عَن الطَّعَامِ) مَعنَاهُ إِذَا تَصَدَّقَ بِاللَّحمِ وَفِيهِ وَفَاءٌ بِقِيمَةِ الطَّعَامِ؛ لأَنَّ الإِرَاقَةَ لا تَنُوبُ عَنهُ.

وَإِذَا وَقَعَ الاختِيَارُ على الهَديِ يُهدِي مَا يُجزِيهِ فِي الأُضحِيَّةِ لأَنَّ مُطلقَ اسمِ الهَديِ مُنصَرِفٌ إليهِ. وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُجزِي صِغَارُ النَّعَمِ فِيهَا؛ لأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أَوجَبُوا عَنَاقًا وَجَفرَةً.

وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ الصِّغَارُ عَلى وَجهِ الإِطعَامِ: يَعنِي إِذَا تَصَدَّقَ. وَإِذَا وَقَعَ الاختِيَارُ عَلى الطَّعَامِ يُقَوَّمُ المُتلفُ بِالطَّعَامِ عِندَنَا؛ لأَنَّهُ هُوَ المَضمُونُ فَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ (وَإِذَا اشتَرَى بِالقِيمَةِ طَعَامًا تَصَدَّقَ عَلى كُلِّ مِسكِينٍ نِصفَ صَاعٍ مِن بُرٍّ أَو صَاعًا مِن تَمرٍ أَو شَعِيرٍ، وَلا يَجُوزُ أَن يُطعِمَ المِسكِينَ أَقَلَّ مِن نِصفِ صَاعٍ)؛ لأَنَّ الطَّعَامَ المَذكُورَ يَنصَرِفُ إِلى مَا هُوَ المَعهُودُ فِي الشَّرعِ.

(وَإِن اختَارَ الصِّيَامَ يُقَوَّمُ المَقتُولُ طَعَامًا ثُمَّ يَصُومُ عَن كُلِّ نِصفِ صَاعٍ مِن بُرٍّ أَو صَاعٍ مِن تَمرٍ أَو شَعِيرٍ يَومًا)؛ لأَنَّ تَقدِيرَ الصِّيَامِ بِالمَقتُولِ غَيرُ مُمكِنٍ إِذ لا قِيمَةَ لِلصِّيَامِ فَقَدَّرنَاهُ بِالطَّعَامِ، وَالتَّقدِيرُ عَلى هَذَا الوَجهِ مَعهُودٌ فِي الشَّرعِ كَمَا فِي بَابِ الفِديَةِ (فَإِن فَضَلَ مِن الطَّعَامِ أَقَلُّ مِن نِصفِ صَاعٍ فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِن شَاءَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَإِن شَاءَ صَامَ عَنهُ يَومًا كَامِلا)؛ لأَنَّ الصَّومَ أَقَلَّ مِن يَومٍ غَيرُ مَشرُوعٍ، وَكَذَلكَ إِن كَانَ الوَاجِبُ دُونَ طَعَامِ مِسكِينٍ يُطعِمُ قَدرَ الوَاجِبِ أَو يَصُومُ يَومًا كَامِلا لمَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ الإِطْعَامُ فِي غَيْرِهَا) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ طَعَامَ الإِبَاحَةِ أَوْ التَّمْلِيك. وَقَوْلُهُ: (وَالصَّوْمُ يَجُوزُ فِي غَيْرِ مَكَّةَ) يَعْنِي بِالإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ: (إِذَا تَصَدَّقَ بِاللَّحْمِ وَفِيه وَفَاءٌ بِقِيمَة الطَّعَامِ) بِأَنْ يُصِيبَ كُلُّ مِسْكِينٍ مِنْ اللَّحْمِ مَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ قِيَاسًا عَلَى كَفَّارَةِ اليَمِينِ وَكَانَ مِنْ شَرْطِ تَصَدُّقِه التَّفْرِيقُ، بِخِلاف مَا إِذَا ذَبَحَ بِمَكَّةَ فَإِنَّهُ إِذَا تَصَدَّقَ بِهِ بَعْدَ الذَّبْحِ عَلَى فَقِيرٍ وَاحِدٍ جَازَ؛ لأَنَّ جَوَازَهُ مِنْ حَيْثُ الهَدْيُ لا مِنْ حَيْثُ الصَّدَقَة.

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ الإِرَاقَةَ لا تَنُوبُ عَنْهُ) أَيْ: لأَنَّ الإِرَاقَةَ الحَاصِلَةَ بِمَكَانِ غَيْرِ الحَرَمِ لا تَنُوبُ عَنْ الهَدْيِ؛ حَتَّى لوْ سَرَقَ المَذْبُوحُ أَوْ ضَاعَ قَبْلَ التَّصَدُّقِ بِهِ بَقِيَ الوَاجِبُ عَلَيْهِ

كَمَا كَانَ، بِخِلافِ المَذْبُوحِ بِمَكَّةَ حَيْثُ يَخْرُجُ عَنْ العُهْدَةِ وَإِنْ سَرَقَ أَوْ ضَاعَ قَبْلَ التَّصَدُّقِ بِه.

قَالَ: (وَإِذَا وَقَعَ **الاخْتِيَارُ عَلَى الهَدْيِ**) إِذَا اخْتَارَ القَاتِلُ الهَدْيَ، (يُهْدِي مَا يُجْزِيه فِي الأُضْحِيَّة) وَهُوَ الجَذَعُ الكَبِيرُ مِنْ الضَّأْنِ أَوْ الثَّنِيُّ مِنْ غَيْرِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لأَنَّ مُطْلَقَ اسْمُ الهَدْيِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ) كَمَا فِي هَدْيِ المُتْعَةِ وَالقِرَانِ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلى مَا يُجْزِئُ فِي الأُضْحِيَّة.

وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ اسْمَ الهَدْيِ قَدْ يَنْصَرِفُ إِلى غَيْرِهِ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلت كَذَا فَثَوْبِي هَذَا هَدْيٌ فَلْيَكُنْ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الكَلامَ فِي مُطْلَقِ الهَدْيِ وَمَا ذَكَرْت لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لأَنَّ الإِشَارَةَ إِلى الثَّوْبِ قَيَّدَتْهُ بِذَلِكَ. (وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُجْزِئُ صِغَارُ النَّعَمِ) قَالَ فِي «النِّهَايَة»: وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ وَالأَسْرَارِ وَشُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِفَخْرِ الإِسْلامِ وَقَاضِي خَانْ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّد.

(لأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَوْجَبُوا عَنَاقًا وَجَفْرَةً) فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ فِي بَابِ الهَدْيِ (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ الصِّغَارُ عَلَى وَجْهِ الإِطْعَامِ) فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِيجَابُ الصَّحَابَةِ عَلَى ذَلِكَ الوَجْهِ، (وَإِذَا وَقَعَ **الاخْتِيَارُ عَلَى الطَّعَامِ** يُقَوَّمُ المُتْلَفُ بِالطَّعَامِ عِنْدَنَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ يَجِبُ المِثْلُ ثُمَّ يُقَوَّمُ المِثْلُ بِالطَّعَامِ، وَأَمَّا عِنْدَنَا فَالمُتْلَفُ هُوَ المَضْمُونُ فَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا اشْتَرَى بِالقِيمَةِ طَعَامًا) إِشَارَةٌ إِلى أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقَوِّمَ المُتْلَفُ بِالقِيمَةِ ثُمَّ يَشْتَرِيَ بِالقِيمَةِ طَعَامًا. قَوْلُهُ: (يَنْصَرِفُ إِلى مَا هُوَ المَعْهُودُ فِي الشَّرْعِ) يَعْنِي نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ وَكَفَّارَةِ اليَمِينِ وَالظِّهَارِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ اخْتَارَ الصِّيَامَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الوَاجِبُ دُونَ طَعَامِ مِسْكِينٍ) بِأَنْ قَتَلَ يَرْبُوعًا أَوْ عُصْفُورًا وَلَمْ تَبْلُغْ قِيمَتُهُ إِلا مُدًّا مِنْ الحِنْطَةِ (يُطْعِمُ ذَلِكَ القَدْرَ أَوْ يَصُومُ يَوْمًا كَامِلا لِمَا قُلْنَا): إِنَّ الصَّوْمَ أَقَلُّ مِنْ يَوْمٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ.

(وَلو جَرَحَ صَيدًا أَو نَتَفَ شَعرَهُ أَو قَطَعَ عُضوًا مِنهُ ضَمِنَ مَا نَقَصَهُ) اعتِبَارًا لِلبَعضِ بِالكُلِّ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ (وَلو نَتَفَ رِيشَ طَائِرٍ أَو قَطَعَ قَوَائِمَ صَيدٍ فَخَرَجَ مِن حَيِّزِ الامتِنَاعِ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ كَامِلَة)؛ لأَنَّهُ فَوَّتَ عَلَيهِ الأَمنَ بِتَفوِيتِ آلَةِ الامتِنَاعِ فَيَغرَمُ جَزَاءَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ جَرَحَ صَيْدًا) ظَاهِرٌ.

(وَمَن كَسَرَ بَيضَ نَعَامَةٍ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ) وَهَذَا مَروِيٌّ عَن عَلِيٍّ وَابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَلأَنَّهُ أَصلُ الصَّيدِ، وَلَهُ عَرَضِيَّةٌ أَن يَصِيرَ صَيداً فَنَزَلَ مَنزِلَةَ الصَّيدِ احتِيَاطًا مَا لَم يَفسُد (فَإِن خَرَجَ مِن البِيضِ فَرخٌ مَيِّتٌ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ حَيًّا) وَهَذَا استِحسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَن لا يَغرَمَ سِوَى البَيضَةِ؛ لأَنَّ حَيَاةَ الفَرخِ غَيرُ مَعلُومَةٍ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ البَيضَ مُعَدٌّ؛ لِيَخرُجَ مِنهُ الفَرخُ الحَيُّ، وَالكَسرُ قَبل أَوَانِهِ سَبَبٌ لِمَوتِهِ فَيُحَالُ بِهِ عَلَيهِ احتِيَاطًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا ضَرَبَ بَطنَ ظَبيَةٍ فَأَلقَت جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَت فَعَلَيهِ قِيمَتُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (مَا لَمْ يَفْسُدْ) إِشَارَةً إِلَى أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مَذِرَةً فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُتْلِفْ صَيْدًا وَلا مَا هُوَ بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرَ صَيْدًا. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ خَرَجَ مِنْ البَيْضِ فَرْخٌ مَيِّتٌ) هَذِهِ المَسْأَلَةُ لا تَخْلُو، أَمَّا إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ حَيًّا وَمَاتَ بِالكَسْرِ، أَوْ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ مَوْتَهُ بِسَبَبِ الكَسْرِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ ضَمِنَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثَ (فَالقِيَاسُ أَنْ لا يَغْرَمَ سِوَى البَيْضَةِ؛ لأَنَّ حَيَاةَ الفَرْخِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ).

وَفِي الاسْتِحْسَانِ: تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الفَرْخِ حَيًّا لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَتَقْرِيرُهُ: البَيْضُ مُعَدٌّ لِيَخْرُجَ مِنْهُ الفَرْخُ الحَيُّ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُعَدٌّ لِيَخْرُجَ مِنْهُ الفَرْخُ الحَيُّ كَسْرُهُ قَبْلَ أَوَانِهِ سَبَبٌ لِمَوْتِ ذَلِكَ الفَرْخِ، وَذَلِكَ إِتْلافٌ لَهُ، وَالإِتْلافُ يُوجِبُ الضَّمَانَ. وَقَوْلُهُ: (فَيُحَالُ بِهِ عَلَيْهِ) أَيْ: بِالمَوْتِ عَلَى الكَسْرِ وَالبَاءُ صِلَةٌ كَانَ أَصْلُهُ يُحَالُ المَوْتُ عَلَى الكَسْرِ: أَيْ: يُضَافُ إِلَيْهِ.

فَإِنْ قِيلَ: بَيْضُ النَّعَامَةِ كَبَطْنِ الظَّبْيَةِ، وَلَوْ ضَرَبَ بَطْنَ ظَبْيَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ الظَّبْيَةُ كَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا عَلَى مَا يَجِيءُ، فَلِمَ لا يَكُونُ عَلَيْهِ هَهُنَا قِيمَةُ البَيْضِ وَالفَرْخِ جَمِيعًا؟ **أُجِيبَ**: بِأَنَّ ضَمَانَ البَيْضِ لَيْسَ لِذَاتِهِ بَل بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ سَبَبُ الفَرْخِ؛ وَلِهَذَا لا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا كَانَتْ البَيْضَةُ مَذِرَةً، فَإِذَا وَجَبَ ضَمَانُ الفَرْخِ لا يَجِبُ ضَمَانُ البَيْضِ.

وَقَوْلُهُ: (وَعَلى هَذَا) أيْ عَلى القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَانِ (إِذَا ضَرَبَ بَطْنَ ظَبْيَةٍ فَأَلقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا)، فَإِنْ قِيل: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ ضَمَانَ الصَّيْدِ يُشْبِهُ غَرَامَاتِ الأَمْوَالِ، وَمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ جَارِيَةٍ فَأَلقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ كَانَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الجَارِيَةِ دُونَ الجَنِينِ، فَكَيْفَ وَجَبَتْ هَهُنَا قِيمَةُ الجَنِينِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الجَنِينَ فِي حُكْمِ الجُزْءِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حُكْمِ النَّفْسِ مِنْ وَجْهٍ، وَالضَّمَانُ الوَاجِبُ لِحَقِّ العِبَادِ غَيْرُ مَبْنِيٍّ عَلى الاحْتِيَاطِ فَلا يَجِبُ فِي مَوْضِعِ الشَّكِّ، فَأَمَّا جَزَاءُ الصَّيْدِ فَمَبْنِيٌّ عَلى الاحْتِيَاطِ فَرَجَحَ فِيهِ شَبَهُ النَّفْسِيَّةِ فِي الجَنِينِ وَوَجَبَ الجَزَاءُ.

(وَليسَ فِي قَتلِ الغُرَابِ وَالحِدَأَةِ وَالذِّئبِ وَالحيَّةِ وَالعَقرَبِ وَالفَارَةِ وَالكَلبِ العَقُورِ جَزَاءٌ)؛ لقَولِهِ ﷺ: «خَمسٌ مِن الفَوَاسِقِ يُقتَلنَ فِي الحِلِّ وَالحَرَمِ، الحِدَأَةُ وَالحيَّةُ وَالعَقرَبُ، وَالفَارَةُ وَالكَلبُ العَقُورُ»[(١)] وَقَال ﷺ: «يَقتُلُ المُحرِمُ الفَارَةَ وَالغُرَابَ وَالحِدَأَةَ وَالعَقرَبَ وَالحيَّةَ وَالكَلبَ العَقُورَ» وَقَد ذُكِرَ الذِّئبُ فِي بَعضِ الرِّوَايَاتِ.

وَقِيلَ المُرَادُ بِالكَلبِ العَقُورِ الذِّئبُ، أَو يُقَالُ إِنَّ الذِّئبَ فِي مَعنَاهُ، وَالمُرَادُ بِالغُرَابِ الَّذِي يَأكُلُ الجِيَفَ وَيَخلِطُ؛ لأَنَّهُ يَبتَدِئُ بِالأَذَى، أَمَّا العَقعَقُ فَغَيرُ مُستَثنًى؛ لأَنَّهُ لا يُسَمَّى غُرَابًا وَلا يَبتَدِئُ بِالأَذَى. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الكَلبَ العَقُورَ وَغَيرَ العَقُورِ وَالمُستَأنَسَ وَالمُتَوَحِّشَ مِنهُمَا سَوَاءٌ؛ لأَنَّ المُعتَبَرَ فِي ذَلِكَ الجِنسُ، وَكَذَا الفَارَةُ الأَهلِيَّةُ وَالوَحشِيَّةُ سَوَاءٌ. وَالضَّبُّ وَاليَربُوعُ لَيسَا مِن الخَمسِ المُستَثنَاةِ؛ لأَنَّهُمَا لا يَبتَدِئَانِ بِالأَذَى.

الشرح:

(وَلَيْسَ فِي قَتْلِ الفَوَاسِقِ الخَمْسَةِ شَيْءٌ)؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَثْنَى بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**خَمْسٌ مِنْ الفَوَاسِقِ يُقْتَلنَ فِي الحِلِّ وَالحَرَمِ: الحِدَأَةُ، وَالحَيَّةُ، وَالعَقْرَبُ، وَالفَأْرَةُ، وَالكَلبُ العَقُورُ**» وَذَكَرَ الذِّئْبَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ، فَقِيلَ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ الكَلبَ العَقُورَ فَمُرَادُهُ الذِّئْبُ، أَوْ يُقَالُ: إِنَّ الذِّئْبَ فِي مَعْنَى الكَلبِ العَقُورِ.

وَذَكَرَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَوَّلِ هَذَا الفَصْلِ السِّتَّةَ بِنَاءً عَلى الرِّوَايَةِ أَوْ الدَّلالَةِ. وَقَوْلُهُ: (وَالمُرَادُ بِالغُرَابِ: الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ وَيَخْلِطُ) أَيْ: النَّجَاسَاتِ مَعَ غَيْرِهَا أَيْ:

(١) أخرجه مسلم في الحج (حديث ٦٦، ٦٧، ٧١) من حديث عائشة رضي الله عنها، وانظر نصب الراية (٣/١٦٦).

يَأْكُلُ الحَبَّ تَارَةً وَالنَّجَاسَةَ أُخْرَى، وَقَعَ تَكْرَارًا؛ لأَنَّهُ ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ الفَصْلِ مَعَ زِيَادَةِ مَعْنًى وَهُوَ كَوْنُهُ مَرْوِيًّا عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَكَانَ مُسْتَغْنًى عَنْ ذِكْرِهِ. وَقَوْلُهُ: (الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ) خَبَرٌ لا صِفَةٌ فَكَانَ مَوْضِعَ ضَمِيرِ الفَصْلِ، وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنْ الغُرَابِ الَّذِي يَأْكُلُ الزَّرْعَ فَإِنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ بِقَتْلِه.

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالأَذَى) قِيل لأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى دُبُرِ الدَّابَّة، وَقِيل فَعَلَى هَذَا يَكُونُ فِي قَوْلِه: فِي العَقْعَقِ وَلا يَبْتَدِئُ بِالأَذَى نَظَرٌ لأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى دُبُرِ الدَّابَّة. (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الكَلْبَ العَقُورَ وَغَيْرَ العَقُورِ وَالمُسْتَأْنَسَ وَالمُتَوَحِّشَ مِنْهُمَا) أَيْ: مِنْ الكَلْبِ العَقُورِ وَغَيْرِ العَقُورِ (سَوَاءٌ)، أَمَّا العَقُورُ فَظَاهِرٌ؛ لأَنَّهُ وَرَدَ فِيهِ الحَدِيثُ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ فِيهِ الجَزَاءُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِصَيْدٍ لِعَدَمِ تَوَحُّشِه خلقةً.

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ الجِنْسُ) يَعْنِي الحَقِيقَةَ الَّتِي تُسَمَّى كَلْبًا لا فَرْدًا دُونَ فَرْدٍ، وَهَذَا لأَنَّ هَذَا الجِنْسَ لَيْسَ بِصَيْدٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يُفْضِي إلى إِبْطَالِ الوَصْفِ المَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَهُوَ كَوْنُهُ عَقُورًا. وَالجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلقَيْدِ بَل لإِظْهَارِ نَوْعِ أَذَاهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ طَبْعٌ فِيهِ.

(وَليسَ فِي قَتل البَعُوضِ وَالنَّمل وَالبَرَاغِيثِ وَالقُرَادِ شَيءٌ)؛ لأَنَّهَا ليسَت بِصُيُودٍ وَليسَت بِمُتَوَلِّدَةٍ مِن البَدَنِ ثُمَّ هِيَ مُؤذِيَةٌ بِطِبَاعِهَا، وَالمُرَادُ بِالنَّمل السُّودُ أَو الصُّفرُ الَّذِي يُؤذِي، وَمَا لا يُؤذِي لا يَحِلُّ قَتلُهَا، وَلَكِن لا يَجِبُ الجَزَاءُ للعِلَّةِ الأُولى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصُيُودٍ) يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَوَحِّشَةٍ عَنْ الآدَمِيِّ بَل هِيَ طَالِبَةٌ لَهُ (وَلَيْسَتْ بِمُتَوَلِّدَةٍ مِنْ البَدَنِ) يَعْنِي حَتَّى تَكُونَ مِنْ بَابِ قَضَاءِ التَّفَثِ كَالقَمْلَةِ (ثُمَّ هِيَ مُؤْذِيَةٌ بِطِبَاعِهَا) فَلا يَجِبُ بِقَتْلِهَا شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَكِنْ لا يَجِبُ الجَزَاءُ لِلعِلَّةِ الأُولى) يَعْنِي قَوْلَهُ: لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصُيُودٍ وَلَيْسَتْ بِمُتَوَلِّدَةٍ مِنْ البَدَنِ، سَمَّاهُمَا عِلَّةً وَإِنْ كَانَا فِي مَعْنَى عِلَّتَيْنِ؛ لأَنَّهُ ذُكِرَ فِي مَوْضِعِ السَّلْبِ، وَفِي مَوْضِعِ السَّلْبِ تَكُونُ العِلَلُ الكَثِيرَةُ بِمَعْنَى عِلَّةٍ وَاحِدَةٍ فِي أَنَّ الحُكْمَ يَنْتَفِي بِالجَمِيعِ كَمَا أَنَّهُ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ الوَاحِدَةِ.

(وَمَن قَتَل قَملَةً تَصَدَّقَ بِمَا شَاءَ) مِثل كَفٍّ مِن طَعَامٍ؛ لأَنَّهَا مُتَوَلِّدَةٌ مِن التَّفَثِ الَّذِي عَلَى البَدَنِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَطعَمَ شَيئًا) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُجزِيهِ أَن يُطعِمَ

مِسكينًا شَيئًا يَسِيرًا علَى سَبِيل الإِبَاحَةِ وَإن لم يَكُن مُشبِعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ قَتَل قَمْلَةً تَصَدَّقَ بِمَا شَاءَ)، وَقَدْ أَوْضَحَهُ فِي الكِتَابِ وَلَيْسَ الجَزَاءُ مُنْحَصِرًا فِي القَتْل بَل الإِلقَاءُ فِي الأَرْضِ كَالقَتْل سَوَاءٌ أَخَذَهَا مِنْ رَأْسِهِ أَوْ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ. وَقِيل فِي القَمْلَتَيْنِ وَالثَّلاث كَفٌّ مِنْ حِنْطَةٍ، وَفِي الزِّيَادَة عَلى ذَلكَ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ حِنْطَةٍ. وَقَوْلُهُ: (شَيْئًا يَسِيرًا عَلَى سَبِيل الإِبَاحَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْبِعًا) قَال فِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: كَكِسْرَةِ خُبْزٍ.

(وَمَن قتَل جَرَادَةً تَصدَّقَ بِمَا شَاءَ)؛ لأَنَّ الجرَادَ مِن صَيدِ البَرِّ فَإِنَّ الصَّيدَ مَا لا يُمكِنُ أَخذُهُ إلا بِحِيلَةٍ وَيَقصِدُهُ الآخِذُ (وَتَمرَةٌ خَيرٌ مِن جَرَادَةٍ) لقَول عُمَرَ ﷺ: تَمرَةٌ خَيرٌ مِن جَرَادَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُ عُمَرَ ﷺ: (تَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنْ جَرَادَة) قِصَّتُهُ أَنَّ أَهْل حِمْصٍ أَصَابُوا جَرَادًا كَثِيرًا فِي إِحْرَامِهِمْ فَجَعَلُوا يَتَصَدَّقُونَ مَكَانَ كُلِّ جَرَادَةٍ بِدِرْهَمٍ، فَقَال عُمَرُ ﷺ: أَرَى دَرَاهِمَكُمْ كَثِيرَةً يَا أَهْل حِمْصٍ، تَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنْ جَرَادَة.

(وَلا شَيءَ عَلَيهِ فِي ذَبحِ السُّلحفَاةِ)؛ لأَنَّهُ مِن الهَوَامِّ وَالحَشَرَاتِ فَأَشبَهَ الخَنَافِسَ وَالوَزَغَاتِ، وَيُمكِنُ أَخذُهُ مِن غَيرِ حِيلَةٍ وَكَذَا لا يُقصَدُ بِالأَخذِ فَلم يَكُن صَيدًا.

(وَمَن حلبَ صَيدَ الحرَمِ فَعلَيهِ قِيمتُهُ)؛ لأَنَّ اللَّبَنَ مِن أَجزَاءِ الصَّيدِ فَأَشبَهَ كُلَّهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ حَلبَ صَيْدَ الحَرَمِ): اللَّبَنُ مِنْ أَجْزَاءِ الصَّيْد لقَوْله تَعَالى ﴿ نُّسۡقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِۦ ﴾ [النحل: ٦٦] وَكَلمَةُ مِنْ للتَّبْعِيضِ.

(وَمَن قتَل مَا لا يُؤكَلُ لحمُهُ مِن الصَّيدِ كَالسِّبَاعِ وَنَحوِهَا فَعَليهِ الجزَاءُ) إلا مَا استَثنَاهُ الشَّرعُ وَهُوَ مَا عَدَدنَاهُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجِبُ الجزَاءُ؛ لأَنَّهَا جُبِلت عَلَى الإِيذَاءِ فَدَخَلت فِي الفَوَاسِقِ المُستَثنَاةِ، وَكَذَا اسمُ الكَلبِ يَتَنَاوَلُ السِّبَاعَ بِأَسرِهَا لُغَةً. وَلنَا أَنَّ السَّبعَ صَيدٌ لتَوَحُّشِهِ، وَكَونِهِ مَقصُودًا بِالأَخذِ إمَّا لجِلدِهِ أَو ليُصطَادَ بِهِ أَو لدَفعِ أَذَاهُ، وَالقِيَاسُ عَلَى الفَوَاسِقِ مُمتَنِعٌ لمَا فِيهِ مِن إبطَال العَدَدِ، وَاسمُ الكَلبِ لا يَقَعُ عَلَى السَّبعِ

عُرفًا وَالعُرفُ أَملكُ.

(وَلا يُجَاوِزُ بِقِيمَتِهِ شَاةً) وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَت اعتِبَارًا بِمَأكُولِ اللَّحمِ. وَلَنَا قَولُهُ ﷺ «الضَّبُعُ صَيدٌ وَفِيهِ الشَّاةُ» وَلأَنَّ اعتِبَارَ قِيمَتِهِ لِمَكَانِ الانتِفَاعِ بِجِلدِهِ لا؛ لأَنَّهُ مُحَارِبٌ مُؤذٍ، وَمِن هَذَا الوَجهِ لا يُزَادُ عَلَى قِيمَةِ الشَّاةِ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالسِّبَاعِ) أَيْ: سِبَاعِ البَهَائِمِ (وَنَحْوِهَا) أَيْ سِبَاعِ الطَّيْرِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا اسْمُ الكَلبِ يَتَنَاوَلُ السِّبَاعَ بِأَسْرِهَا لُغَةً) يَعْنِي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَثْنَى الكَلْبَ العَقُورَ وَلَيْسَ المُرَادُ بِه الكَلبَ المَعْرُوفَ فَإِنَّهُ أَهْلِيٌّ وَلَيْسَ بِصَيْد، فَكَانَ المُرَادُ مَا يَتَكَلَّبُ: أَيْ يَشْتَدُّ فَيَتَنَاوَلُ الأَسَدَ وَالفَهْدَ وَالنَّمِرَ وَغَيْرَهَا، فَكَانَ كَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَال: لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إلا مَا كَانَ مُؤْذِيًا، وَلَوْ كَانَ النَّصُّ بِهَذِه الصِّفَة لَمْ يَتَنَاوَل إلا مَأْكُول اللَّحْمِ فَكَذَا هَذَا.

(وَلَنَا أَنَّ السَّبُعَ صَيْدٌ لِتَوَحُّشِه) وَتَنَفُّرِه مِنْ النَّاسِ، (وَكَوْنِه مَقْصُودًا بِالأَخْذ إمَّا لِجلده أَوْ لِيُصْطَادَ بِه أَوْ لِدَفْعِ أَذَاهُ) وَكُلُّ مَا هُوَ صَيْدٌ يَتَنَاوَلُهُ قَوْله تَعَالَى: ﴿ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ ﴾ [المائدة: ٩٥] فَيَجِبُ الجَزَاءُ بِقَتْله، (وَالقِيَاسُ عَلَى الفَوَاسِقِ مُمْتَنِعٌ لِمَا فِيه مِنْ إبْطَال العَدَد) وَكَذَلِكَ الإِلحَاقُ بِهَا دَلالَةً؛ لأَنَّ الفَوَاسِقَ مِمَّا تَعْدُو عَلَيْنَا وَعَلَى مَوَاشِينَا بِالقُرْبِ مِنَّا، وَالسَّبُعُ لَيسَ كَذَلِكَ لِبُعْده عَنَّا فَلا يَكُونُ فِي مَعْنَى الفَوَاسِقِ لِيُلحَقَ بِهَا.

وَاسْمُ الكَلبِ وَإِنْ تَنَاوَلَهُ لُغَةً لَمْ يَتَنَاوَلْهُ عُرْفًا (وَالعُرْفُ أَمْلَكُ) أَيْ: أَقْوَى وَأَرْجَحُ فِي هَذَا المَوْضِعِ كَمَا فِي الأَيْمَان لِبنَائه عَلَى الاحْتِيَاط، وَالاحْتِيَاطُ فِي إيجَابِ الجَزَاءِ. وَقَوْلُهُ: (وَلا يُجَاوَزُ بِقِيمَته شَاةٌ) البَاءُ لِلتَّعْدِيَة وَشَاةٌ مَرْفُوعٌ لِكَوْنِه مُسْنَدًا إلَيْه، وَمَعْنَاهُ: لا يُجَاوَزُ بِقِيمَةِ الَّذِي لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنْ الصُّيُود قِيمَةُ شَاة فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة.

وَرَوَى الكَرْخِيُّ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ الدَّمِ، (وَقَال زُفَرُ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ اعْتِبَارًا بِمَأْكُول اللَّحْمِ) وَالجَامِعُ الضَّمَانُ، (وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الضَّبُعُ صَيْدٌ وَفِيه الشَّاةُ**»، فَلَمَّا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَقْديرٍ لا يُزَادُ عَلَيْه بِرَأْيٍ؛ لأَنَّ المَقَادِيرَ تُعْرَفُ سَمَاعًا؛ (وَلأَنَّ اعْتِبَارَ قِيمَته لِمَكَانِ الانْتِفَاعِ بِجِلدِه)، إذْ اللَّحْمُ غَيْرُ مَأْكُولٍ (لا لأَنَّهُ مُحَارِبٌ) كَمَا فِي بَعْضِ السِّبَاعِ.

وَالفِيلُ يَعْلَمُهُ أَهْلُ الهِنْدِ المُحَارِبَةُ بِحَيْثُ يَكْسِرُ العَسْكَرَ، وَهُوَ مَعْنًى مَطْلُوبٌ

للمُلُوكِ وَالسَّلاطِينِ لكنَّهُ خَارِجٌ عَنْ الصَّيْدِيَّةِ فَلا يُعْتَبَرُ، وَلا لأَجْلِ مَعْنَى الإِيذَاءِ فيه؛ لأَنَّ الإِيذَاءَ مَعْنًى لا تَقَوُّمَ لهُ شَرْعًا فَبَقِيَ اعْتِبَارُ الجلدِ (وَمِنْ هَذَا الوَجْهِ لا يُزَادُ عَلى قِيمَةِ الشَّاةِ ظَاهِرًا).

(وَإِذَا صَالَ السَّبُعُ عَلى المُحرِمِ فَقَتَلَهُ لا شَيءَ عَليهِ) وَقَالَ زُفَرٌ: يَجِبُ الجَزَاءُ اعتِبَارًا بِالجَمَلِ الصَّائِلِ. وَلنَا مَا رُوِيَ عَن عُمَرَ أَنَّهُ قَتَلَ سَبُعًا وَأَهدَى كَبشًا وَقَالَ: إنَّا ابتَدَأنَاهُ؛ وَلأَنَّ المُحرِمَ مَمنُوعٌ عَنِ التَّعَرُّضِ لا عَن دَفعِ الأَذَى، وَلهَذَا كَانَ مَأذُونًا فِي دَفعِ المُتَوَهَّمِ مِنَ الأَذَى كَمَا فِي الفَوَاسِقِ فَلأَن يَكُونَ مَأذُونًا فِي دَفعِ المُتَحَقِّقِ مِنهُ أَولى، وَمَعَ وُجُودِ الإِذنِ مِن الشَّارِعِ لا يَجِبُ الجَزَاءُ حَقًّا لهُ، بِخِلافِ الجَمَلِ الصَّائِلِ؛ لأَنَّهُ لا إذنَ مِن صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ العَبدُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا صَالَ **السَّبُعُ عَلى المُحْرِمِ**) أَيْ: وَثَبَ (**فَقَتَلهُ** لا شَيْءَ عَلَيْه. وَقَال زُفَرُ: يَجِبُ الجَزَاءُ) عَليْهِ (اعْتِبَارًا بِالجَمَلِ) إذَا صَال عَلى إنْسَانٍ فَقَتَلهُ الإِنْسَانُ فَإِنَّهُ يَجِبُ قِيمَتُهُ، وَإِنْ قَتَلهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِه، (وَلنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ أَنَّهُ قَتَل سَبُعًا وَأَهْدَى كَبْشًا، وَقَال: إنَّا ابْتَدَأْنَاهُ) عَلَّل الإِهْدَاءَ بِالابْتِدَاءِ، فَدَلَّ عَلى أَنَّ الدَّفْعَ لا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِلا لمْ يَبْقَ للتَّعْليل فَائِدَةٌ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ التَّخْصِيصَ بِالذِّكْرِ لا يَدُلُّ عَلى نَفْيِ الحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ فَلا يَصِحُّ الاسْتِدْلال. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ فِي خِطَابَاتِ الشَّرْعِ، أَمَّا فِي الرِّوَايَاتِ فَيَدُلُّ، وَفِيه نَظَرٌ؛ لأَنَّ قَوْل عُمَرَ فِي هَذَا المَحَلِّ بِمَنْزِلة خِطَابَاتِ الشَّرْعِ؛ لأَنَّهُ فِي حَيِّزِ الاسْتِدْلال بِه فَلا يُفِيدُهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ الاسْتِدْلال إنَّمَا هُوَ بِفِعْله، وَقَوْلُهُ: رِوَايَةً فَيُفِيدُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ المُحْرِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ التَّعَرُّضِ) اسْتِدْلالٌ بِدَلالة حَدِيثِ الفَوَاسِقِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ قَتْلهَا أُبِيحَ دَفْعًا للأَذَى المَوْهُومِ، فَلأَنْ يُبَاحَ قَتْلُ السَّبُعِ دَفْعًا للأَذَى المُحَقَّقِ أَوْلى فَكَانَ مَأْذُونًا بِقَتْلِه مِنْ الشَّرْعِ، (وَمَعَ وُجُودِ الإِذْنِ مِنْهُ لا يَجِبُ الجَزَاءُ حَقًّا لهُ) لسُقُوطِه بِإِذْنِه.

فَإِنْ قِيل: الإِذْنُ مِنْ الشَّرْعِ لا يَسْتَلزِمُ سُقُوطَ الجَزَاءِ، فَإِنَّ المُحْرِمَ إذَا حَلقَ رَأْسَهُ أَوْ تَطَيَّبَ لعُذْرٍ فَهُوَ مَأْذُونٌ مِنْ الشَّرْعِ وَلمْ يَسْقُطْ الجَزَاءُ. فَالجَوَابُ مَا يَذْكُرُهُ بَعْدَ هَذَا

بِقَوْله: (لأنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بالكَفَّارَةِ بالنَّصِّ عَلى مَا تَلوْنَاهُ) وَهُوَ قَوْله تَعَالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ ﴾ [البقرة: ١٩٦] الآيَةَ، فَكَانَ فَائِدَةُ الإِذْنِ دَفْعَ الحُرْمَةِ لا غَيْرَ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ بَقَاءَ الجَزَاءِ مَعَ إِذْنِ صَاحِبِ الحَقِّ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ، فَلا يُقَاسُ عَلَيْه غَيْرُهُ. لا يُقَالُ: فَلْيُلحَقْ بِطَرِيقِ الدَّلالة؛ لأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي الصَّوْل لَيْسَتْ كَالضَّرُورَةِ فِي حَلْقِ الرَّأْسِ؛ لأَنَّ الأُولى نَادِرَةٌ وَالثَّانِيَةَ كَثِيرَةٌ (بِخِلافِ الجَمَلِ الصَّائِلِ؛ لأَنَّهُ لا إِذْنَ مِنْ صَاحِبِ الحَقِّ وَهُوَ العَبْدُ) وَنُوقِضَ بِالعَبْد صَال بِالسَّيْفِ عَلى رَجُلٍ فَقَتَلهُ المَصُولُ عَلَيْه لا يَضْمَنُ وَالإِذْنُ لَمْ يُوجَدْ مِنْ مَالكه.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ العَبْدَ مَضْمُونٌ فِي الأَصْل بِأَنَّهُ آدَمِيٌّ حَقًّا للعَبْد لا حَقًّا للمَوْلى لكَوْنه مُكَلَّفًا كَمَوْلاهُ وَغَيْرِه، فَإِذَا جَاءَ المُبِيحُ مِنْ قِبَله وَهُوَ المُحَارَبَةُ أَسْقَطَ حَقَّهُ كَمَا إذَا ارْتَدَّ، وَسُقُوطُ مَالِيَّته الَّتِي هِيَ مِلكُ المَوْلى إِنَّمَا كَانَ فِي ضِمْنِ سُقُوطِ الأَصْل وَهُوَ نَفْسُهُ فَلا مُعْتَبَرَ بِه كَمَا إذَا ارْتَدَّ.

(فَإِن اُضطُرَّ المُحرمُ إلى قَتل صَيدٍ فَقَتَلهُ فَعَليهِ الجَزَاءُ)؛ لأَنَّ الإِذنَ مُقَيَّدٌ بِالكَفَّارَةِ بِالنَّصِّ عَلى مَا تَلونَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ اُضْطُرَّ المُحْرِمُ) ظَهَرَ مَعْنَاهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ آنفًا.

(وَلا بَأسَ للمُحرِمِ أَن يَذبَحَ الشَّاةَ وَالبَقَرَةَ وَالبَعِيرَ وَالدَّجَاجَةَ وَالبَطَّ الأَهليَّ)؛ لأَنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ لَيسَت بِصُيُودٍ؛ لعَدَمِ التَّوَحُّشِ، وَالمُرَادُ بِالبَطِّ الَّذِي يَكُونُ فِي المَسَاكِنِ وَالحِيَاضِ؛ لأَنَّهُ أَلُوفٌ بِأَصل الخِلقَةِ (وَلو ذَبَحَ حَمَامًا مُسَروَلا فَعَليهِ الجَزَاءُ) خِلافًا لمَالكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. لهُ أَنَّهُ أَلُوفٌ مُستَأنَسٌ وَلا يَمتَنِعُ بِجَنَاحَيهِ لبُطءِ نُهُوضِهِ.

وَنَحنُ نَقُولُ: الحَمَامُ مُتَوَحِّشٌ بِأَصل الخِلقَةِ مُمتَنِعٌ بِطَيَرَانِهِ، وَإِن كَانَ بَطِيءَ النُّهُوضِ، وَالاستِئنَاسُ عَارِضٌ فَلم يُعتَبَر (وَكَذَا إِذَا قَتَل ظَبيًا مُستَأنَسًا)؛ لأَنَّهُ صَيدٌ فِي الأَصل فَلا يُبطِلُهُ الاستِئنَاسُ كَالبَعِيرِ إِذَا نَدَّ لا يَأخُذُ حُكمَ الصَّيدِ فِي الحُرمَةِ عَلى المُحرِمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالمُرَادُ بِالبَطِّ) يَعْنِي المَذْكُورَ فِي القُدُورِيِّ البَطُّ (الَّذِي يَكُونُ فِي

المَسَاكِنِ) وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ طَيَرَانُهُ كَالدَّجَاجِ فِي البُطْءِ، وَيَجُوزُ ذَبْحُهُ للمُحْرِمِ. وَالْمُسَرْوَل بِالفَتْحِ حَمَامٌ فِي رِجْلَيْهِ رِيشٌ كَأَنَّهُ سَرَاوِيلُ، مِنْ سَرْوَلته إِذَا أَلْبَسْته السَّرَاوِيل. وَقَوْلُهُ: (وَنَحْنُ نَقُولُ الحَمَامُ مُتَوَحِّشٌ) تَقْرِيرُهُ الحَمَامُ مُتَوَحِّشٌ (بِأَصْلِ الخِلقَة مُمْتَنِعٌ بِطَيَرَانِه)، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ صَيْدٌ.

(وَالاسْتِئْنَاسُ عَارِضٌ) جَوَابٌ لِمَالِك وَمَعْنَاهُ الاعْتِبَارُ لِلمَعَانِي الأَصْلِيَّةِ دُونَ العَوَارِضِ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الحَمَامَ لا يَحِلُّ بِذَكَاةِ الاضْطِرَارِ، حَتَّى لَوْ **رَمَى سَهْمًا إِلَى بُرْجِ الحَمَامِ فَأَصَابَ حَمَامًا مُسَرْوَلا وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرَكَ ذَكَاتُهُ** لَمْ يَحِلَّ، وَلَوْ كَانَ صَيْدُ الحِلِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَدَارَ صِحَّةِ ذَكَاةِ الاضْطِرَارِ هُوَ العَجْزُ دُونَ الصَّيْدِيَّةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ البَعِيرَ إِذَا نَدَّ حَلَّ بِذَبْحِ الاضْطِرَارِ وَلَيْسَ بِصَيْدٍ لِوُجُودِ العَجْزِ عَنْ ذَكَاةِ الاخْتِيَارِ، وَالعَجْزُ فِي الحَمَامِ غَيْرُ مَوْجُودٍ؛ لأَنَّهُ يَأْوِي فِي اللَّيْلِ إِلى بُرْجِهِ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا قَتَل ظَبْيًا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا ذَبَحَ المُحرِمُ صَيدًا فَذَبِيحَتُهُ مَيتَةٌ لا يَحِلُّ أَكلُهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحِلُّ مَا ذَبَحَهُ المُحرِمُ لِغَيرِهِ؛ لأَنَّهُ عَامِلٌ لهُ فَانتَقَل فِعلُهُ إِليهِ. وَلنَا أَنَّ الذَّكَاةَ فِعلٌ مَشرُوعٌ وَهَذَا فِعلٌ حَرَامٌ فَلا يَكُونُ ذَكَاةً كَذَبِيحَةِ المَجُوسِيِّ؛ وَهَذَا لأَنَّ المَشرُوعَ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَ المَيزِ بَينَ الدَّمِ وَاللَّحمِ تَيسِيرًا فَيَنعَدِمُ بِانعِدَامِهِ (فَإِن أَكَل المُحرِمُ الذَّابِحُ مِن ذَلكَ شَيئًا فَعَليهِ قِيمَةُ مَا أَكَل عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ.

(وَقَالا: لَيسَ عَليهِ جَزَاءُ مَا أَكَل، وَإِن أَكَل مِنهُ مُحرِمٌ آخَرُ فَلا شَيءَ عَليهِ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لهُمَا أَنَّ هَذِهِ مَيتَةٌ فَلا يَلزَمُهُ بِأَكلِهَا إِلا الاستِغفَارُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَكَلهُ مُحرِمٌ غَيرُهُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حُرمَتَهُ بِاعتِبَارِ كَونِهِ مَيتَةً كَمَا ذَكَرنَا، وَبِاعتِبَارِ أَنَّهُ مَحظُورُ إِحرَامِهِ؛ لأَنَّ إِحرَامَهُ هُوَ الَّذِي أَخرَجَ الصَّيدَ عَن المَحَلِّيَّةِ وَالذَّابِحَ عَن الأَهلِيَّةِ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ فَصَارَت حُرمَةُ التَّنَاوُل بِهَذِهِ الوَسَائِطِ مُضَافَةً إِلى إِحرَامِهِ بِخِلافِ مُحرِمٍ آخَرَ؛ لأَنَّ تَنَاوُلهُ لَيسَ مِن مَحظُورَاتِ إِحرَامِهِ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا ذَبَحَ المُحْرِمُ صَيْدًا فَذَبِيحَتُهُ مَيْتَةٌ لا يَحِلُّ أَكْلُهَا، وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي أَحَدِ قَوْلَيْه: (إِذَا ذَبَحَهُ المُحْرِمُ لِغَيْرِه حَلَّ؛ لأَنَّهُ عَامِلٌ لهُ) حَيْثُ ذَبَحَهُ لَهُ

وَكُلُّ مَنْ فَعَل لشَخْصٍ انْتَقل إليْه ذَلكَ الفعْلُ كَمَا فِي عَامَّة النِّيَابَات فَصَارَ كَأَنَّهُ هُوَ الَّذي ذَبحَهُ، ولَوْ ذَبحَهُ ذَلكَ الغَيْرُ لنَفْسه جَازَ لهُ أَنْ يَأْكُلهُ، فَكَذَا إذَا ذَبحَهُ لهُ المُحْرِمُ. فَإِنْ قُلت: عِبَارَةُ المُصَنِّف وَتَعْليلُهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ المَذْبُوحَ يَحلُّ لهُ وَلغَيْره، وَذَلكَ لأَنَّ التَّعْليل إنَّمَا يَسْتَقيمُ إذَا كَانَ قَوْلُهُ لغَيْره مُتَعَلِّقًا بِذَبْحه؛ لأَنَّهُ حينَئذ يَكُونُ عَاملا لهُ، وَإِذَا كَانَ مُتَعَلِّقًا به بَقيَ يَحلُّ عَلى إطْلاقه، **وَذَبِيحَةُ المُحْرِمِ سَوَاءٌ كَانَتْ لنَفْسه أَوْ لغَيْره** حَرَامٌ عَلَيْه عِنْدَهُ أَيْضًا قَوْلا وَاحدًا. قُلت: أَرَى أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ لغَيْره يَخْدُمُ الفعْلَيْنِ جَميعًا، وَتَقْديرُهُ يَحلُّ لغَيْرِه مَا ذَبحَهُ المُحْرِمُ لغَيْرِه. وَتَخْرُجُ نَفْسُهُ مِنْ ذَلكَ؛ لأَنَّ التَّقْييدَ فِي الرِّوَايَات مُقَيَّدٌ بالاتِّفَاق.

فَإِنْ قُلت: تَعْليلُهُ هَذَا لا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ صَحيحًا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّاني لَمْ تَتمَّ الدَّعْوَى، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لزمَ أَنْ يَحلَّ لهُ؛ لأَنَّ الفعْل قَدْ انْتَقل إلَيْه، وَلوْ ذَبَحَ حَلالٌ صَيْدًا حَلَّ أَكْلُهُ للمُحْرِمِ إنْ لَمْ يَدُلَّ عَلَيْه أَوْ يُشرْ إليْه. قُلت: التَّعْليلُ صَحيحٌ، وَلكنْ لا يَحلُّ لهُ؛ لأَنَّ الدَّلالةَ إذَا كَانَتْ مُحَرَّمَةً فَالمُبَاشَرَةُ لا تَتَقَاعَدُ عَنْ الدَّلالة، وَإِنْ انْتَقل الفعْلُ إلى غَيْرِه حُكْمًا.

(وَلَنَا أَنَّ الذَّكَاةَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ) بالاتِّفَاق، وَذَبْحُ المُحْرِمِ ليْسَ بفعْلٍ مَشْرُوعٍ بالنَّصِّ قَوْله تَعَالى: ﴿ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ ﴾ [المائدة: ٩٥] سَمَّاهُ قَتْلا دُونَ الذَّبْح أَوْ الذَّكَاة إشَارَةً إلى أَنَّهُ لا يُوجبُ الحلَّ وَنَهَاهُمْ عَنْهُ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلى التَّحْرِيم لعَيْنه لكَوْنه بمَعْنَى النَّفْي.

وَنُوقِضَ بِذَبْحِ شَاة بغَيْرِ إذْنه فَإِنَّهُ حَرَامٌ لا مَحَالةَ، فَكَانَ الوَاجبُ أَنْ لا يَقَعَ ذَكَاةً وَلا يَحلُّ أَكْلُهُ وَليْسَ كَذَلكَ.

وَالجَوَابُ أَنَّ المُصَنِّفَ رَحمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إلى الجَوَاب عَنْ هَذَا بقَوْله: (وَهَذَا؛ لأَنَّ المَشْرُوعَ) أَيْ: منْ الذَّبْح (هُوَ الَّذي قَامَ مَقَامَ المَيْز بَيْنَ الدَّم وَاللَّحْم تَيْسيرًا) وَبَيَانُهُ أَنَّ الدَّمَ مُنَجِّسٌ للحَيَوَان فَلا بُدَّ منْ تَمْييزه عَنْ اللَّحْم ليَصْلُحَ للأَكْل وَذَلكَ أَمْرٌ مُتَعَسِّرٌ خَفيٌّ، وَلهُ سَبَبٌ ظَاهرٌ وَهُوَ قَطْعُ عُرُوق الذَّبْح فَأُقيمَ الذَّبْحُ مَقَامَ المَيْز بَيْنَ الدَّم وَاللَّحْم تَيْسيرًا.

وَالذَّبْحُ الَّذي قَامَ مَقَامَهُ مَعْدُومٌ هَهُنَا؛ لأَنَّ المُقيمَ لذَلكَ هُوَ الشَّرْعُ، وَلمْ يَقُمْ هَهُنَا حَيْثُ أَخْرَجَ الصَّيْدَ عَنْ المَحَلِّيَّة بالنَّسْخ يَعْني بقَوْله تَعَالى ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا

دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] كَمَا قَالَ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فَأَخْرَجَهُنَّ عَنْ مَحَلِّيَّةِ النِّكَاحِ، بِخلافِ ذَبْحِ شَاةِ الغَيْرِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَإِنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُخرِجْهَا عَنْ المَحَلِّيَّةِ فَكَانَ مَنْهِيًّا، وَالنَّهْيُ يَدُلُّ عَلَى المَشْرُوعِيَّةِ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ أَكَلَ المُحْرِمُ الذَّابِحُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) قَالَ الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ: (إِذَا أَكَلَ بَعْدَمَا أَدَّى الجَزَاءَ، وَأَمَّا إِذَا أَكَلَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ دَخَلَ قِيمَةُ مَا أَكَلَ فِي الجَزَاءِ) وَقَوْلُهُ: (وَقَالا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (فَصَارَتْ حُرْمَةُ التَّنَاوُلِ بِهَذِهِ الوَسَائِطِ) يُرِيدُ أَنَّ حُرْمَةَ التَّنَاوُلِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ مَيْتَةً، وَكَوْنُهُ مَيْتَةً بِاعْتِبَارِ خُرُوجِ الصَّيْدِ عَنْ المَحَلِّيَّةِ، وَخُرُوجُ الذَّابِحِ عَنْ الأَهْلِيَّةِ وَذَلِكَ بِاعْتِبَارِ الإِحْرَامِ فَكَانَتْ الحُرْمَةُ (مُضَافَةً إِلَى الإِحْرَامِ) بِهَذِهِ الوَسَائِطِ فَكَانَ مُتَنَاوِلا مَحْظُورَ إِحْرَامِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الجَزَاءُ.

وَظَهَرَ مِنْ هَذَا الجَوَابِ عَمَّا إِذَا **ذَبَحَ الحَلالُ صَيْدًا فِي الحَرَمِ فَأَدَّى جَزَاءَهُ ثُمَّ أَكَلَ مِنْهُ** فَإِنَّهُ لا يَلزَمُهُ شَيْءٌ آخَرُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْ مَحْظُورَ إِحْرَامِهِ، وَإِنَّمَا وَجَبَ جَزَاءُ المَحَلِّ وَهُوَ لا يَتَكَرَّرُ، فَإِنْ اسْتَشْكَلَ بِالمُحْرِمِ كَسَرَ بَيْضَ صَيْدٍ فَأَدَّى جَزَاءَهُ ثُمَّ شَوَاهُ فَأَكَلَهُ فَإِنَّهُ تَنَاوَلَ مَحْظُورَ إِحْرَامِهِ وَلَمْ يَلزَمْ شَيْءٌ آخَرُ. أُجِيبَ بِأَنَّ وُجُوبَ الجَزَاءِ فِي البَيْضِ لَيْسَ لِذَاتِهِ بَل بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَصْلُ الصَّيْدِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَبَعْدَ الكَسْرِ لَمْ يَبْقَ هَذَا المَعْنَى.

(وَلا بَأسَ بِأَن يَأكُل المُحرِمُ لحمَ صَيدٍ اصطَادَهُ حَلالٌ وَذَبَحَهُ إِذَا لم يَدُلَّ المُحرِمُ عَلَيهِ، وَلا أَمَرَهُ بِصَيدِهِ) خِلافًا لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا إِذَا اصطَادَهُ؛ لأَجلِ المُحرِمِ. لهُ قَولُهُ ﷺ «لا بَأسَ بِأَكلِ المُحرِمِ لحمَ صَيدٍ مَا لم يَصِدهُ أَو يُصَد لهُ»[1] وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم تَذَاكَرُوا لحمَ الصَّيدِ فِي حَقِّ المُحرِمِ، فَقَالَ ﷺ: لا بَأسَ بِهِ» وَاللامُ فِيمَا رُوِيَ لامُ تَملِيكٍ فَيُحمَلُ عَلَى أَن يُهدَى إِليهِ الصَّيدُ دُونَ اللَّحمِ، أَو مَعنَاهُ أَن يُصَادَ بِأَمرِهِ.

ثُمَّ شُرِطَ عَدَمُ الدَّلالَةِ، وَهَذَا تَنصِيصٌ عَلَى أَنَّ الدَّلالَةَ مُحَرِّمَةٌ، قَالُوا: فِيهِ رِوَايَتَانِ. وَوَجهُ الحُرمَةِ حَدِيثُ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنهُ وَقَد ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فِيمَا إِذَا اصْطَادَهُ لأَجْلِ المُحْرِمِ) يَعْنِي أَنْ يَنْوِيَ أَنْ يَكُونَ الاصْطِيَادُ لَهُ

(١) أخرجه أبو داود (١٨٥١)، والترمذي في الحج باب ٢٥ (٨٤٦)، والنسائي في المناسك باب ٨١.

سَوَاءٌ أَمَرَهُ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَأْمُرْهُ. وَقَوْلُهُ: (تَذَاكَرُوا لَحْمَ الصَّيْدِ فِي حَقِّ الْمُحْرِمِ) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ «عَنْ طَلْحَةَ أَنَّهُ قَالَ تَذَاكَرْنَا **لَحْمَ الصَّيْدِ فِي حَقِّ الْمُحْرِمِ**، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُنَا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَائِمٌ فِي حُجْرَتِهِ، فَقَالَ: «فِيمَ أَنْتُمْ»؟ فَذَكَرْنَا ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **لَا بَأْسَ بِهِ**».

وَقَوْلُهُ: (وَاللَّامُ فِيمَا رُوِيَ) يَعْنِي مَالِكًا مِنْ قَوْلِهِ: أَوْ يُصَادُ لَهُ (لَامُ تَمْلِيكٍ فَيُحْمَلُ عَلَى أَنْ يُهْدَى إلَيْهِ الصَّيْدُ دُونَ اللَّحْمِ)، وَهَذَا لِأَنَّ تَمْلِيكَ الصَّيْدِ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا إذَا أُهْدِيَ الصَّيْدُ إلَى الْمُحْرِمِ لَا فِيمَا إذَا أُهْدِيَ إلَيْهِ اللَّحْمُ؛ لِأَنَّ اللَّحْمَ لَا يُسَمَّى صَيْدًا حَقِيقَةً فَيَكُونُ مُقْتَضَى الْحَدِيثِ **حُرْمَةَ تَنَاوُلِ الصَّيْدِ عَلَى الْمُحْرِمِ**، وَبِهِ نَقُولُ.

لِأَنَّهُ ثَبَتَ «أَنَّ الصَّعْبَ بْنَ جَثَّامَةَ اللَّيْثِيَّ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِمَارًا وَحْشِيًّا وَهُوَ بِالْأَبْوَاءِ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، فَلَمَّا رَأَى مَا فِي وَجْهِهِ قَالَ: **إنَّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ إلَّا أَنَّا حُرُمٌ**» (أَوْ يَكُونُ مَعْنَى أَوْ يُصَادُ لَهُ يُصَادُ بِأَمْرِهِ) وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ رُوِيَ بِالرَّفْعِ أَوْ يُصَادُ، وَحِينَئِذٍ لَا تَمَسُّكَ لَهُ بِهَذِهِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي الْحِلَّ إذَا صَادَ غَيْرُهُ لِأَجْلِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَعْطُوفًا عَلَى الْمُغَيَّا لَا عَلَى الْغَايَةِ.

وَرِوَايَةُ كُتُبِ الْحَدِيثِ مِثْلُ سُنَنِ أَبِي دَاوُد وَالتِّرْمِذِيِّ وَالنَّسَائِيِّ بِالْأَلِفِ هَكَذَا، وَإِنَّمَا يَصِحُّ لَهُ التَّمَسُّكُ بِهِ عَلَى مَا رُوِيَ أَوْ يُصَدْ لَهُ لِيَصِيرَ مَعْطُوفًا عَلَى الْغَايَةِ وَهِيَ ضَعِيفَةٌ. وَقَوْلُهُ: (قَالُوا) أَيْ الْمَشَايِخُ (فِيهِ) أَيْ: فِي شَرْطِ عَدَمِ الدَّلَالَةِ لِإِبَاحَةِ الْأَكْلِ (رِوَايَتَانِ) فِي رِوَايَةٍ يَحْرُمُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الطَّحَاوِيِّ، وَفِي رِوَايَةٍ لَا يَحْرُمُ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيِّ.

(وَفِي صَيْدِ الْحَرَمِ إذَا ذَبَحَهُ الْحَلَالُ قِيمَتُهُ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى الْفُقَرَاءِ)؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ اسْتَحَقَّ الْأَمْنَ بِسَبَبِ الْحَرَمِ. قَالَ ﷺ فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ: «وَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهَا»[1]" (وَلَا يُجْزِيهِ الصَّوْمُ)؛ لِأَنَّهَا غَرَامَةٌ وَلَيْسَت بِكَفَّارَةٍ، فَأَشْبَهَ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ يَجِبُ بِتَفْوِيتِ وَصْفٍ فِي الْمَحَلِّ وَهُوَ الْأَمْنُ وَالْوَاجِبُ عَلَى الْمُحْرِمِ بِطَرِيقِ الْكَفَّارَةِ جَزَاءٌ عَلَى فِعْلِهِ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِاعْتِبَارِ مَعْنًى فِيهِ وَهُوَ إحْرَامُهُ، وَالصَّوْمُ يُصْلِحُ جَزَاءَ الْأَفْعَالِ لَا ضَمَانَ

---

(١) أخرجه البخاري في العلم باب ٣٩ (حديث ١١٢)، ومسلم في الحج (حديث ٤٤٧). وانظر نصب الراية (٣/١٧٤).

المَحَالِّ. وَقَالَ زُفَرٌ: يُجزِيهِ الصَّومُ اعتِبَارًا بِمَا وَجَبَ عَلى المُحرِمِ، وَالفَرقُ قَد ذَكَرنَاهُ، وَهَل يَجزِيهِ الهَديُ؟ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

الشرح:

قَالَ: (وَفِي **صَيْدِ الحَرَمِ إذَا ذَبَحَهُ الحَلالُ**) إذَا قَتَلَ الحَلالُ صَيْدَ الحَرَمِ وَجَبَ عَلَيْهِ (قِيمَتُهُ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلى الفُقَرَاءِ) لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. فَإِنْ قِيلَ: الصَّيْدُ كَمَا اسْتَحَقَّ الأَمْنَ بِسَبَبِ الحَرَمِ فَكَذَلِكَ اسْتَحَقَّهُ بِسَبَبِ الإِحْرَامِ، فَإِذَا قَتَلَ المُحْرِمُ صَيْدَ الحَرَمِ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. قُلْت: وُجُوبُ الكَفَّارَتَيْنِ وَجْهُ القِيَاسِ، صَرَّحَ بِذَلِكَ فِي «الإِيضَاحِ». وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذُكِرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ حُرْمَةَ الإِحْرَامِ أَقْوَى؛ لأَنَّ المُحْرِمَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّيْدُ فِي الحِلِّ وَالحَرَمِ جَمِيعًا فَاسْتَتْبَعَ الأَقْوَى الأَضْعَفَ.

وَقَوْلُهُ: (وَلا يُجْزِيهِ الصَّوْمُ) فَرَّقَ بَيْنَ قَتْلِ المُحْرِمِ الصَّيْدَ وَقَتْلِ الحَلالِ صَيْدَ الحَرَمِ، فِي جَوَازِ الصَّوْمِ فِي الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي بِمَا حَاصِلُهُ أَنَّ الوَاجِبَ عَلى المُحْرِمِ جَزَاءُ فِعْلِه، وَلِهَذَا تَعَدَّدَ إذَا قَتَلَ المُحْرِمَانِ الصَّيْدَ وَاحِدًا، وَعَلى الحَلالِ بَدَلُ مَا فَاتَ عَنْ المَحَلِّ مِنْ وَصْفِ الأَمْنِ، وَالصَّوْمُ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ جَزَاءَ الفِعْلِ لا بَدَلَ المَحَلِّ.

فَإِنْ قُلت: هَذَا يُنَاقِضُ مَا ذَكَرْت آنِفًا أَنَّهُ يُؤَدَّى فِي ضِمْنِ أَدَاءِ جَزَاءِ الإِحْرَامِ إذَا قَتَلَ المُحْرِمُ صَيْدَ الحَرَمِ؛ لأَنَّ بَدَلَ المَحَلِّ لا يُؤَدَّى فِي ضِمْنِ أَدَاءِ جَزَاءِ الإِحْرَامِ كَمَا إذَا قَتَلَ صَيْدًا مَمْلُوكًا. فَالجَوَابُ أَنَّ مَا قُلنَا مِنْ الاسْتِتْبَاعِ إِنَّمَا كَانَ فِيمَا تَكُونُ الحُرْمَتَانِ لِوَاحِدٍ وَهُوَ اللَّهُ تَعَالى، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لأَنَّ مَا وَجَبَ فِيهِ بِإِزَاءِ الفِعْلِ لِلَّهِ تَعَالى وَمَا وَجَبَ بِإِزَاءِ المَحَلِّ وَجَبَ لِلعَبْدِ، وَلا يُمْكِنُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا لِلَّهِ مَا لِلعَبْدِ؛ لأَنَّ افْتِقَارَ العَبْدِ مَانِعٌ بِخِلافِ الأَوَّلِ.

وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بَدَلَ المَحَلِّ لَوَجَبَ عَلى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالكَافِرِ إذَا اسْتَهْلَكُوا صَيْدَ الحَرَمِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ ضَمَانَ المَحَلِّ لَكِنْ فِيهِ مَعْنَى الجَزَاءِ حَتَّى إنَّ حَلالا إنْ أَصَابَ صَيْدَ الحَرَمِ فَقَتَلَهُ فِي يَدِه حَلالٌ آخَرُ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءٌ كَامِلٌ لِمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتْلِفٌ مِنْ جِهَةٍ أَحَدُهُمَا بِالأَخْذِ المُفَوِّتِ لِلأَمْنِ وَالثَّانِي بِالإِتْلافِ حَقِيقَةً، فَلَمْ يَلْزَمْ عَلى مَنْ ذَكَرْتُمْ نَظَرًا إلى الجَزَاءِ.

(وَهَل يُجزئُهُ الهَدْيُ؟ فيه رِوَايَتَان) إحْدَاهُمَا أَنَّ الوَاجِبَ لا يَتَأَدَّى بإرَاقَة الدَّم بَل بالتَّصَدُّق باللَّحْمِ فَيُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ قيمَةُ اللَّحْمِ مثْل قيمَة الصَّيْد؛ وَإِنْ سَرَقَ المَذْبُوحَ عَادَ الوَاجبُ كَمَا كَانَ، وَالأُخْرَى أَنَّهُ يَتَأَدَّى بهَا إذَا كَانَتْ قيمَتُهُ قَبْل الذَّبْحِ مثْل قيمَة الصَّيْد، فَإِنْ سَرَقَ المَذْبُوحَ لَمْ يَبْقَ عَلَيْه شَيْءٌ؛ لأَنَّ الهَدْيَ مَالٌ يُجْعَلُ للَّه تَعَالى، وَإرَاقَةُ الدَّمِ طَرِيقٌ صَالحٌ لذَلكَ شَرْعًا كَالتَّصَدُّق؛ أَلا تَرَى أَنَّ المُضَحِّيَ يَجْعَلُ الأُضْحيَّةَ للَّه خَالصَةً بإرَاقَة دَمهَا فَكَذَلكَ بالهَدْي.

(وَمَن دَخَلَ الحَرَمَ بِصَيدٍ فَعَليهِ أَن يُرسِلهُ فِيهِ إذَا كَانَ فِي يَدِهِ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ: حَقُّ الشَّرعِ لا يَظهَرُ فِي مَملُوكِ العَبدِ لحَاجَةِ العَبدِ. وَلنَا أَنَّهُ لَمَّا حَصَلَ فِي الحَرَمِ وَجَبَ تَركُ التَّعَرُّضِ لحُرمَةِ الحَرَمِ إذ صَارَ هُوَ مِن صَيدِ الحَرَمِ فَاستَحَقَّ الأَمنَ لمَا رَوَينَا (فَإن بَاعَهُ رَدَّ البَيعَ فِيهِ إن كَانَ قَائمًا)؛ لأَنَّ البَيعَ لم يَجُز لمَا فِيهِ مِن التَّعَرُّضِ للصَّيدِ وَذَلكَ حَرَامٌ (وَإن كَانَ فَائتًا فَعَليهِ الجَزَاءُ)؛ لأَنَّهُ تَعَرُّضٌ للصَّيدِ بِتَفوِيتِ الأَمنِ الَّذِي استَحَقَّهُ (وَكَذَلكَ بَيعُ المُحرِمِ الصَّيدَ مِن مُحرِمٍ أَو حَلالٍ) لمَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **دَخَلَ الحَرَمَ بصَيْد**) قَال في «النِّهَايَة»: وَهُوَ حَلالٌ حَتَّى يَظْهَرَ خلافُ الشَّافعيِّ رَحمَهُ اللَّهُ فَإِنَّ في المُحْرِمِ لا يَتَوَقَّفُ وُجُوبُ الإِرْسَال عَلى دُخُول الحَرَمِ فَإِنَّهُ يَجبُ عَلَيْه الإِرْسَالُ بمُجَرَّد الإِحْرَامِ بالاتِّفَاق. قَال الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللَّهُ: الصَّيْدُ الَّذي في يَده مَمْلُوكُهُ، وَحَقُّ الشَّرْعِ لا يَظْهَرُ في مَمْلُوك العَبْد لحَاجَته، (وَلنَا أَنَّهُ لَمَّا حَصَلَ في الحَرَمِ وَجَبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ لحُرْمَة الحَرَمِ).

وَبَيَّنَ المُلازَمَةَ بقَوْله: (إذْ صَارَ) يَعْني الصَّيْدَ (منْ صَيْد الحَرَمِ) بالدُّخُول فيه، وَصَيْدُ الحَرَمِ مُسْتَحقُّ الأَمْنِ (لمَا رَوَيْنَا) منْ قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ في حَديث طَويل: «**وَلا يُنَفَّرُ صَيْدُهَا**»، وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ بَاعَهُ) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ: (لمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله: لأَنَّ البَيْعَ لَمْ يَجُزْ لمَا فيه منْ التَّعَرُّضِ للصَّيْد.

(وَمَن أَحرَمَ وَفِي بَيتِهِ أَو فِي قَفَصٍ مَعَهُ صَيدٌ فَليسَ عَليهِ أَن يُرسِلهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ عَليهِ أَن يُرسِلهُ؛ لأَنَّهُ مُتَعَرِّضٌ للصَّيدِ بِإِمسَاكِهِ فِي مِلكِهِ فَصَارَ كَمَا إذَا كَانَ فِي يَدِهِ.

وَلنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم كَانُوا يُحرِمُونَ وَفِي بُيُوتِهِم صُيُودٌ وَدَوَاجِنُ، وَلم يُنقَل عَنهُم إرسَالُهَا، وَبِذَلكَ جَرَت العَادَةُ الفَاشِيَّةُ وَهِيَ مِن إحدَى الحُجَجِ؛ وَلأَنَّ الوَاجِبَ تَركُ التَّعَرُّضِ وَهُوَ ليسَ بِمُتَعَرِّضٍ مِن جِهَتِهِ؛ لأَنَّهُ مَحفُوظٌ بِالبَيتِ وَالقَفَصِ لا بِهِ غَيرَ أَنَّهُ فِي مِلكِهِ، وَلو أَرسَلَهُ فِي مَفَازَةٍ فَهُوَ على مِلكِهِ فَلا مُعتَبَرَ بِبَقَاءِ المِلكِ. وَقِيلَ: إذَا كَانَ القَفَصُ فِي يَدِهِ لزِمَهُ إرسَالُهُ لكِن على وَجهٍ لا يَضِيعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ أَحْرَمَ وَفِي بَيْتِه أَوْ فِي قَفَصٍ مَعَهُ صَيْدٌ فَلَيْسَ عَلَيْه أَنْ يُرْسِلَهُ) يُشِيرُ إلى أَنَّهُ لوْ كَانَ فِي يَدِه فَعَلَيْه أَنْ يُرْسِلَهُ بالاتِّفَاق وَلِهَذَا قَاسَ الشَّافعيُّ صُورَةَ النِّزَاعِ عَلَيْه بقَوْله: (كَمَا إذَا كَانَ فِي يَدِه)، وَقَوْلُهُ: (وَلنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَبِذَلكَ جَرَتْ العَادَةُ الفَاشيَةُ) فَإنَّ النَّاسَ يُحْرِمُونَ وَلَهُمْ بُيُوتُ الحَمَامِ وَلا يَجبُ عَلَيْهِمْ إرْسَالُهَا.

وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ الوَاجبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ) دَليلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ الجَوَابَ عَنْ دَليل الشَّافعِيِّ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الوَاجبَ تَرْكُ التَّعَرُّضِ وَهُوَ حَاصِلٌ إذَا لَمْ يَكُنْ بيَده؛ (لأَنَّهُ مَحْفُوظٌ بالبَيْت وَالقَفَصِ لا بِه) وَالتَّعَرُّضُ بالإمْسَاك فِي الملك لَيْسَ بمُنَاف، لأَنَّهُ لوْ أَرْسَلَهُ فِي المَفَازَة فَهُوَ عَلَى ملكه، فَدَلَّ عَلى أَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ ببَقَاء الملك وَإلا لزِمَ الجَزَاءُ أَرْسَل أَوْ لَمْ يُرْسِل، (وَقيل إذَا كَانَ القَفَصُ فِي يَده وَجَبَ عَلَيْه إرْسَالُهُ)؛ لأَنَّهُ مُتَعَرِّضٌ لهُ بمَسْكه، (لكنْ عَلى وَجْهٍ لا يَضيعُ) بأَنْ يُخَلِّيَهُ فِي بَيْته؛ لأَنَّ إضَاعَةَ المَال مَنْهِيٌّ عَنْهَا.

قال (فَإن أَصَابَ حَلالٌ صَيدًا ثُمَّ أَحرَمَ فَأَرسَلهُ مِن يَدِهِ غَيرُهُ يَضمَنُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: لا يَضمَنُ)؛ لأَنَّ المُرسِل آمِرٌ بِالمَعرُوفِ نَاهٍ عَن المُنكَرِ وَ ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ **[التوبة: ٩١] وَلهُ أَنَّهُ مَلَكَ الصَّيدَ بِالأَخذِ مِلكًا مُحتَرَمًا فَلا يَبطُلُ احتِرَامُهُ بِإِحرَامِهِ وَقَد أَتلفَهُ المُرسِلُ فَيَضمَنُهُ، بِخِلافِ مَا إذَا أَخَذَهُ فِي حَالَةِ الإِحرَامِ؛ لأَنَّهُ لم يَملكهُ. وَالوَاجِبُ عَليهِ تَركُ التَّعَرُّضِ وَيُمكِنُهُ ذَلكَ بِأَن يُخَلِّيَهُ فِي بَيتِهِ، فَإِذَا قَطَعَ يَدَهُ عَنهُ كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَنَظِيرُهُ الاختِلافُ فِي كَسرِ المَعَازِفِ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإنْ أَصَابَ حَلالٌ صَيْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (مَلكَ الصَّيْدَ بالأَخْذ ملكًا مُحْتَرَمًا) احْترَازٌ عَمَّا أَخَذَهُ المُحْرِمُ فَإنَّهُ لا يَمْلكُ الصَّيْدَ، وَالملكُ المُحْتَرَمُ لا يَبْطُلُ

بالإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا قُلنَا إِنَّهُ مَلَكَهُ ملكًا مُحْتَرَمًا بدَليل أَنَّ **الحَلال إِذَا أَخَذَ الصَّيْدَ ثُمَّ أَحْرَمَ فَأَرْسَلَهُ ثُمَّ حَلَّ فَوَجَدَهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ** كَانَ لَهُ الأَخْذُ مِنْهُ، بِخلاف مَا إِذَا **أَخَذَ الصَّيْدَ وَهُوَ مُحْرِمٌ ثُمَّ أَرْسَلَهُ ثُمَّ حَلَّ مِنْ إِحْرَامِهِ فَوَجَدَهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ** لا سَبِيل لهُ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ ملكًا مُحْتَرَمًا وَقَدْ أَتْلَفَهُ المُرْسِلُ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ ملكًا مُحْتَرَمًا وَلَكِنْ وَجَبَ إِخْرَاجُهُ مِنَ المِلك تَرْكًا للتَّعَرُّضِ الوَاجِبِ التَّرْك. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالوَاجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ التَّعَرُّضِ) لا الإِخْرَاجُ عَنْ ملكِهِ، (وَيُمْكِنُهُ ذَلِكَ بِأَنْ يُخَلِّيَهُ فِي بَيْتِهِ، فَإِذَا قَطَعَ عَنْهُ يَدَهُ) بالإِرْسَال (كَانَ مُتَعَدِّيًا فَيَضْمَنُ)، (وَنَظِيرُ هَذَا الاخْتِلاف الاخْتِلافُ فِي كَسْرِ المَعَازِفِ)، فَإِنَّهُ لا ضَمَانَ فِيهِ عِنْدَهُمَا لأَنَّهُ آمِرٌ بِالمَعْرُوفِ نَاهٍ عَنِ المُنْكَرِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَجِبُ الضَّمَانُ لِغَيْرِ لَهْوٍ.

(وَإِن أَصَابَ مُحرِمٌ صَيدًا فَأَرسَلَهُ مِن يَدِهِ غَيرُهُ لا ضَمَانَ عَلَيهِ بِالاتِّفَاقِ)؛ لأَنَّهُ لم يَملكهُ بِالأَخذِ، فَإِنَّ الصَّيدَ لم يَبقَ مَحَلا للتَّمَلُّكِ فِي حَقِّ المُحرِمِ لقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ **[المائدة: ٩٦] فَصَارَ كَمَا إِذَا اشتَرَى الخَمرَ (فَإِن قَتَلَهُ مُحرِمٌ آخَرُ فِي يَدِهِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا جَزَاؤُهُ)؛ لأَنَّ الآخِذَ مُتَعَرِّضٌ للصَّيدِ الآمِنِ، وَالقَاتِلُ مُقَرِّرٌ لذَلكَ، وَالتَّقرِيرُ كَالابتِدَاءِ فِي حَقِّ التَّضمِينِ كَشُهُودِ الطَّلاقِ قَبل الدُّخُول إِذَا رَجَعُوا.**

(وَيَرجِعُ الآخِذُ عَلَى القَاتِل) وَقَال زُفَرُ: لا يَرجِعُ؛ لأَنَّ الآخِذَ مُؤَاخَذٌ بِصُنعِهِ فَلا يَرجِعُ عَلَى غَيرِهِ. وَلَنَا أَنَّ الآخِذَ إِنَّمَا يَصِيرُ سَبَبًا للضَّمَانِ عِندَ اتِّصَال الهَلاكِ بِهِ، فَهُوَ بِالقَتل جَعَل فِعل الآخِذِ عِلَّةً فَيَكُونُ فِي مَعنَى مُبَاشَرَةِ عِلَّةِ العِلَّةِ فَيُحَالُ بِالضَّمَانِ عَلَيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ أَصَابَ **مُحْرِمٌ** صَيْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ قَتَلَهُ مُحْرِمٌ آخَرُ فِي يَدِهِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاؤُهُ؛ لأَنَّ الآخذَ مُتَعَرِّضٌ للصَّيْد الآمنِ)، وَالتَّعَرُّضُ لهُ مِنْ مَحْظُورَاتِ الإِحْرَامِ المُوجِبَة للجَزَاءِ، (وَالقَاتِلُ مُقَرِّرٌ لذَلكَ)؛ لأَنَّهُ كَانَ بَعْدَ الأَخْذِ مُتَمَكِّنًا مِنَ الإِرْسَال وَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ به وَتَقَرَّرَ التَّعَرُّضُ، (وَالتَّقْرِيرُ كَالابْتِدَاءِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ **كَشُهُود الطَّلاق قَبْل الدُّخُول إِذَا رَجَعُوا**)، فَإِنَّهُمْ يَضْمَنُونَ بِمَا أَقَرُّوا بِشَهَادَتِهِمْ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوط بِتَمْكِينِ ابْنِ الزَّوْجِ عَلَى مَا عُرِفَ.

(ثُمَّ يَرْجِعُ الآخِذُ عَلى القَاتِلِ) بِمَا ضَمِنَ مِنْ الجَزَاءِ، (وَقَالَ زُفَرُ: لا يَرْجِعُ) لأَنَّ الآخِذَ إِنَّمَا أَخَذَ بِصُنْعِهِ، وَمَنْ أَخَذَ بِصُنْعِهِ لا يَرْجِعُ عَلى غَيْرِهِ فِيمَا لا يَقْبَلُ المِلكَ لِئَلا يَسْتَلزِمَ تَنْزِيلَ الرَّاجِعِ مَنْزِلَةَ المَالِكِ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ فِيمَا هُوَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلمِلكِ فِي حَقِّ المُحْرِمِ، **كَمُسْلِمٍ** غَصَبَ خِنْزِيرَ ذِمِّيٍّ، فَأَتْلَفَهُ فِي يَدِهِ آخَرُ فَضَمَّنَ الذِّمِّيُّ الغَاصِبَ لَمْ يَرْجِعْ عَلى المُتْلِفِ بِشَيْءٍ.

(وَلَنَا أَنَّ الأَخْذَ إِنَّمَا يَصِيرُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ عِنْدَ اتِّصَالِ الهَلاكِ بِهِ، فَهُوَ) أَيْ: القَاتِلُ (بِالقَتْلِ جَعَلَ فِعْلَ الآخِذِ عِلَّةً، فَيَكُونُ) قَتْلُهُ (فِي مَعْنَى مُبَاشَرَةِ عِلَّةِ العِلَّةِ فَيُضَافُ الضَّمَانُ إِلَيْهِ) كَغَاصِبِ الغَاصِبِ إِذَا أُتْلِفَ المَغْصُوبُ وَضَمِنَهُ الغَاصِبُ، فَإِنَّ حَاصِلَ الضَّمَانِ يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الرُّجُوعَ يَسْتَلزِمُ تَضْمِينَ مَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ وَمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ وَإِلزَامُ أَكْثَرَ مِمَّا لَزِمَهُ. فَإِنَّ مَا لَزِمَهُ كَفَّارَةٌ يُفْتَى بِهَا وَيُجْزِئُهُ الصَّوْمُ فِيهِ. وَبِالرُّجُوعِ يُطَالِبُهُ بِضَمَانٍ مَحْكُومٍ بِهِ وَيُحْبَسُ عَلَيْهِ وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِمَّا لَزِمَهُ فَلا يَجُوزُ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ الضَّمَانَ لَمْ يَسْتَلزِمْ المِلكَ بَل يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي مُقَابَلَةِ إِزَالَةِ يَدٍ مُحْتَرَمَةٍ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؛ لأَنَّ الآخِذَ كَانَ مُتَمَكِّنًا بِيَدِهِ مِنْ الإِرْسَالِ وَإِسْقَاطِ الجَزَاءِ بِهِ عَنْ نَفْسِهِ وَقَدْ فَوَّتَهَا القَاتِلُ عَلَيْهِ فَيَضْمَنُهُ كَغَاصِبِ المُدَبَّرِ إِذَا أَتْلَفَهُ إِنْسَانٌ فِي يَدِهِ فَأَدَّى الغَاصِبُ قِيمَتَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلى القَاتِلِ بِقِيمَتِهِ كَمَا لَوْ مَلَكَهُ وَإِنْ كَانَ المُدَبَّرُ لا يَقْبَلُ الانْتِقَالَ مِنْ مِلكٍ إِلى مِلكٍ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مِثْلَ هَذَا التَّفَاوُتِ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، **كَالأَبِ إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرَ ابْنِهِ فَغَصَبَهُ مِنْهُ آخَرُ**، ثُمَّ الابْنُ ضَمِنَ الأَبُ رَجَعَ الأَبُ عَلى الغَاصِبِ وَيَحْبِسُهُ وَإِنْ كَانَ هُوَ لا يَحْبِسُ فِيمَا لَزِمَهُ لابْنِهِ. وَالجَوَابُ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ زُفَرُ أَنَّ غَاصِبَ الخِنْزِيرِ لَمْ تَثْبُتْ لَهُ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ؛ لأَنَّ خُرُوجَهُ عَنْ مَحَلِّيَّةِ التَّمَلُّكِ لإِهَانَتِهِ، بِخِلافِ الصَّيْدِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ فِيهِ لِزِيَادَةِ احْتِرَامٍ فِي حَقِّ المُحْرِمِ بِإِحْرَامِهِ كَحُرْمَةِ الآدَمِيِّ فَتَثْبُتُ لَهُ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ فِيهِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ مِلكٌ.

(فَإِن قَطَعَ حَشِيشَ الحَرَمِ أَو شَجَرَةً لَيسَت بِمَملُوكَةٍ، وَهُوَ مِمَّا لا يُنبِتُهُ النَّاسُ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ إلا فِيمَا جَفَّ مِنهُ)؛ لأَنَّ حُرمَتَهُمَا ثَبَتَت بِسَبَبِ الحَرَمِ، قَال عَليهِ الصَّلاةُ

وَالسَّلَامُ: «لا يُختَلى خلاهَا وَلا يُعضَدُ شَوكُهَا»[1]" وَلا يَكُونُ للصَّومِ فِي هَذِهِ القِيمَةِ مَدخَلٌ؛ لأَنَّ حُرمَةَ تَنَاوُلِهَا بِسَبَبِ الحَرَمِ لا بِسَبَبِ الإِحرَامِ فَكَانَ مِن ضَمَانِ المَحَالِّ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَيَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الفُقَرَاءِ، وَإِذَا أَدَّاهَا مَلَكَهُ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ.

وَيُكرَهُ بَيعُهُ بَعدَ القَطعِ؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبٍ مَحظُورٍ شَرعًا، فَلَو أُطلِقَ لَهُ فِي بَيعِهِ لَتَطَرَّقَ النَّاسُ إِلَى مِثلِهِ، إِلا أَنَّهُ يَجُوزُ البَيعُ مَعَ الكَرَاهَةِ، بِخِلافِ الصَّيدِ، وَالفَرقُ مَا نَذكُرُهُ. وَالَّذِي يُنبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً عَرَفنَاهُ غَيرَ مُستَحَقٍّ للأَمنِ بِالإِجمَاعِ؛ وَلأَنَّ المُحرِمَ المَنسُوبَ إِلَى الحَرَمِ وَالنِّسبَةُ إِلَيهِ عَلَى الكَمَالِ عِندَ عَدَمِ النِّسبَةِ إِلَى غَيرِهِ بِالإِنبَاتِ.

وَمَا لا يَنبُتُ عَادَةً إِذَا أَنبَتَهُ إِنسَانٌ التَحَقَ بِمَا يَنبُتُ عَادَةً. وَلَو نَبَتَ بِنَفسِهِ فِي مِلكِ رَجُلٍ فَعَلَى قَاطِعِهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِحُرمَةِ الحَرَمِ حَقًّا للشَّرعِ، وَقِيمَةٌ أُخرَى ضَمَانًا لِمَالِكِهِ كَالصَّيدِ المَملُوكِ فِي الحَرَمِ، وَمَا جَفَّ مِن شَجَرِ الحَرَمِ لا ضَمَانَ فِيهِ؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِنَامٍ.

الشرح:

قَالَ: (فَإِنْ **قَطَعَ حَشِيشَ الحَرَمِ**) اعْلَمْ أَنَّ حَشِيشَ الحَرَمِ وَشَجَرَهُ عَلَى نَوْعَيْنِ: شَجَرٌ أَنْبَتَهُ الإِنْسَانُ. وَشَجَرٌ يَنْبُتُ بِنَفْسِه، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَوْعَيْنِ لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِ مَا يُنْبِتُهُ النَّاسُ أَوْ لا يَكُونُ. وَالأَوَّلُ بِنَوْعَيْه لا يُوجِبُ الجَزَاءَ، وَالأَوَّلُ مِنْ الثَّانِي كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الجَزَاءُ فِي الثَّانِي مِنْهُ وَهُوَ مَا نَبَتَ بِنَفْسِه وَلَيْسَ مِنْ جِنْسِ مَا يُنْبِتُهُ النَّاسُ، وَيَسْتَوِي فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لإِنْسَانٍ بِأَنْ يَنْبُتَ فِي مِلكِه أَوْ لَمْ يَكُنْ، حَتَّى قَالُوا فِي رَجُلٍ نَبَتَتْ فِي مِلكِه **أُمُّ غَيْلانَ فَقَطَعَهَا** إِنْسَانٌ فَعَلَيْه قِيمَتُهَا لِمَالِكِهَا وَعَلَيْه قِيمَةٌ أُخْرَى لِحَقِّ الشَّرْعِ.

فَقَوْلُهُ: «فَإِنْ قَطَعَ حَشِيشَ الحَرَمِ» إِلَى أَنْ قَالَ: «فَعَلَيْه قِيمَتُهُ» إِشَارَةً إِلَى هَذَا النَّوْعِ الأَخِيرِ لأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى الحَرَمِ وَقَال وَهُوَ مِمَّا لا يُنْبِتُهُ النَّاسُ. وَقَوْلُهُ (لا يُختَلى خَلاهَا) أَيْ لا يُحْصَدُ رُطَبُ مَرْعَاهَا وَلا يُقْطَعُ شَوْكُهَا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ حُرْمَةَ تَنَاوُلِهَا بِسَبَبِ الحَرَمِ لا بِسَبَبِ الإِحْرَامِ)؛ لأَنَّ المُحْرِمَ لَيْسَ بِمَمْنُوعٍ مِنْ **الاحْتِشَاشِ وَالاحْتِطَابِ خَارِجَ الحَرَمِ**. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلَى قَوْله: «لأَنَّهَا غَرَامَةٌ وَلَيْسَتْ بِكَفَّارَةٍ».

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الصَّيْدِ) يَعْنِي أَنَّهُ لا يَجُوزُ **بَيْعُ صَيْدٍ اصْطَادَهُ مُحْرِمٌ أَوْ بَيْعُ صَيْدٍ**

(١) سبق تخريجه.

الحَرَمِ أَصْلا (وَالفَرْقُ مَا نَذْكُرُهُ) يُرِيدُ قَوْلَهُ؛ لأَنَّ بَيْعَهُ حَيًّا تَعَرُّضٌ للصَّيْدِ الآمِنِ. وَقَوْلُهُ (وَالَّذي يُنْبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِه وَهُوَ مِمَّا لا يُنْبِتُهُ النَّاسُ. وَقَوْلُهُ (وَمَا لا يَنْبُتُ عَادَةً إِذَا أَنْبَتَهُ إِنْسَانٌ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِه وَالَّذي يُنْبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً: يَعْنِي مَا لا يُنْبِتُهُ النَّاسُ عَادَةً إِذَا أَنْبَتَهُ إِنْسَانٌ التَحَقَ بِمَا يُنْبِتُهُ النَّاسُ فَكَانَ غَيْرَ مُسْتَحَقِّ الأَمْنِ إِلحَاقًا بِمَحَلِّ الإِجْمَاعِ بِجَامِعِ انْقِطَاعِ كَمَالِ النِّسْبَةِ إِلَى الحَرَمِ عِنْدَ النِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ بِالإِنْبَاتِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ نَبَتَ بِنَفْسِه) يَعْنِي الَّذِي لا يَنْبُتُ عَادَةً لَوْ نَبَتَ بِنَفْسِه (فِي مِلْكِ رَجُلٍ) قَدْ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ آنفًا. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ النَّبَاتَ يُمْلَكُ بِالأَخْذِ فَكَيْفَ تَجِبُ القِيمَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالثَّانِي أَنَّ الحَرَمَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لأَحَدٍ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ قَوْلُهُ وَقِيمَةٌ أُخْرَى ضَمَانًا لِمَالِكِه.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ قَوْلَهُ ﷺ «**النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ: المَاءِ وَالكَلإِ، وَالنَّارِ**» مَحْمُولٌ عَلَى خَارِجِ الحَرَمِ، وَأَمَّا حُكْمُ الحَرَمِ فَبِخِلافِهِ لأَنَّهُ حَرَّمَ التَّعَرُّضَ بِالنَّصِّ كَصَيْدِه. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى تَمَلُّكَ أَرْضِ الحَرَمِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (**وَمَا جَفَّ مِنْ شَجَرِ الحَرَمِ**) بَيَانُ الاسْتِثْنَاءِ فِي مَطْلَعِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَلا يُرعَى حَشِيشُ الحَرَمِ وَلا يُقطَعُ إلا الإذخِرَ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا بَأسَ بِالرَّعيِ؛ لأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، فَإِنَّ مَنعَ الدَّوَابِّ عَنهُ مُتَعَذِّرٌ. وَلَنَا مَا رَوَينَا، وَالقَطعُ بِالمَشَافِرِ كَالقَطعِ بِالمَنَاجِلِ، وَحَملُ الحَشِيشِ مِن الحِلِّ مُمكِنٌ فَلا ضَرُورَةَ، بِخِلافِ الإذخِرِ؛ لأَنَّهُ استَثنَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَيَجُوزُ قَطعُهُ وَرَعيُهُ، وَبِخِلافِ الكَمأَةِ؛ لأَنَّهَا لَيسَت مِن جُملَةِ النَّبَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لا بَأْسَ بِالرَّعْيِ؛ لأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً) يَعْنِي أَنَّ الَّذِينَ يَدْخُلُونَ الحَرَمَ للحَجِّ أَوْ العُمْرَةِ يَكُونُونَ عَلَى الدَّوَابِّ وَمَنْعُهَا عَنْهُ مُتَعَذِّرٌ فَتَحَقَّقَتْ الضَّرُورَةُ (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا يُخْتَلَى خَلاهَا**» وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ الضَّرُورَةُ فِيمَا لا يَكُونُ فِيهِ نَصٌّ بِخِلافِه، فَإِنْ قِيلَ: النَّصُّ فِي القَطْعِ لا فِي الرَّعْيِ. أَجَابَ بِقَوْلِه (وَالقَطْعُ بِالمَشَافِرِ كَالقَطْعِ بِالمَنَاجِلِ) شَفْرَةُ كُلِّ شَيْءٍ حَرْفُهُ، وَمِشْفَرُ البَعِيرِ شَفَتُهُ، وَالمَنَاجِلُ جَمْعُ

مِنْجَلٍ وَهُوَ مَا يُحْصَدُ بِهِ الزَّرْعُ.

وَقَوْلُهُ (وَحَمْلُ الحَشِيشِ) يَعْنِي سَلَّمْنَا أَنَّ النَّصَّ فِي القَطْعِ لا فِي الرَّعْيِ لكِنْ لا نُسَلِّمُ الضَّرُورَةَ؛ لأَنَّ حَمْلَ الحَشِيشِ (مِنْ الحِلِّ مُمْكِنٌ فلا ضَرُورَةَ) فَإِنْ قِيلَ: **مَا بَالُ الإِذْخِرِ لَمْ يَحْرُمْ رَعْيُهُ وَلا ضَرُورَةَ فِيهِ؟** أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلافِ الإِذْخِرِ)؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَثْنَاهُ فَيَجُوزُ رَعْيُهُ.

وَرُوِيَ «أَنَّ العَبَّاسَ ﷺ لَمَّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**لا يُخْتَلى خَلاهَا وَلا يُعْضَدُ شَوْكُهَا**» قَالَ: إِلا الإِذْخِرَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَإِنَّهُ لِقُبُورِهِمْ وَبُيُوتِهِمْ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **إِلا الإِذْخِرَ**» وَتَأْوِيلُهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ مِنْ قَصْدِهِ أَنْ يُسْتَثْنَى إِلا أَنَّ العَبَّاسَ سَبَقَهُ بِذَلِكَ. أَوْ كَانَ أَوْحَى اللَّهُ إِلَيْهِ أَنْ يُرَخِّصَ فِيمَا يَسْتَثْنِيهِ العَبَّاسُ.

فَإِنْ قِيلَ: عَلى هَذَا التَّقْرِيرِ كَانَ قَوْلُهُ لا يُخْتَلى خَلاهَا عَامًّا مَخْصُوصًا بِمُقَارِنٍ فَلْيُخَصَّ الرَّعْيُ بِالقِيَاسِ عَلَيْهِ. قُلت: الاسْتِثْنَاءُ لَيْسَ بِتَخْصِيصٍ، وَلَئِنْ سَلَّمْنَاهُ كَانَ الإِذْخِرُ مَخْصُوصًا بِالضَّرُورَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنْ لا ضَرُورَةَ فِي الرَّعْيِ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ الكَمْأَةِ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ بِخِلافِ الإِذْخِرِ: يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِدَاخِلَةٍ فِي المُحَرَّمَاتِ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جُمْلَةِ نَبَاتِ الأَرْضِ بَلْ هِيَ مُودَعَةٌ فِيهَا.

(وَكُلُّ شَيْءٍ فَعَلَهُ القَارِنُ مِمَّا ذَكَرنَا أَنَّ فِيهِ عَلى المُفرِدِ دَمًا فَعَلَيهِ دَمَانِ دَمٌ لِحَجَّتِهِ وَدَمٌ لِعُمرَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَمٌ وَاحِدٌ بِنَاءً عَلى أَنَّهُ مُحرِمٌ بِإِحرَامٍ وَاحِدٍ عِندَهُ، وَعِندَنَا بِإِحرَامَينِ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ. قَالَ (إِلا أَن يَتَجَاوَزَ المِيقَاتَ غَيرَ مُحرِمٍ بِالعُمرَةِ أَو الحَجِّ فَيَلزَمُهُ دَمٌ وَاحِدٌ) خِلافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمَّا أَنَّ المُستَحَقَّ عَلَيهِ عِندَ المِيقَاتِ إِحرَامٌ وَاحِدٌ وَبِتَأخِيرِ وَاجِبٍ وَاحِدٍ لا يَجِبُ إِلا جَزَاءٌ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَالَ (**وَكُلُّ شَيْءٍ فَعَلَهُ القَارِنُ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ فِيهِ عَلى المُفْرِدِ دَمًا فَعَلَيْهِ دَمَانِ**) كُلُّ مَا عَلى المُفْرِدِ فِيهِ دَمٌ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ الجِنَايَاتِ فَعَلى القَارِنِ فِيهِ دَمَانِ (دَمٌ لِحَجَّتِهِ وَدَمٌ لِعُمْرَتِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَمٌ وَاحِدٌ بِنَاءً عَلى أَنَّ القَارِنَ عِنْدَهُ مُحْرِمٌ بِإِحْرَامٍ وَاحِدٍ وَعِنْدَنَا بِإِحْرَامَيْنِ وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ مِنْ قَبْلُ).

فَإِنْ قِيلَ: إِحْرَامُ الحَجِّ أَقْوَى لِكَوْنِهِ فَرْضًا دُونَ العُمْرَةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَمْرَانِ فِي

إيجَاب حُكْمٍ وَاحِدٍ وَأَحَدُهُمَا أَقْوَى مِنْ الآخَرِ فَإِنَّ الحُكْمَ يُضَافُ إلَيْهِ وَيُجْعَلُ الأَضْعَفُ كَالمَعْدُومِ، كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي المُحْرِمِ إذَا قَتَلَ صَيْدَ الحَرَمِ فَإِنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ إلا جَزَاءٌ وَاحِدٌ؛ لأَنَّ حُرْمَةَ الإِحْرَامِ أَقْوَى. فَالجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ الأَصْلَ صَحِيحٌ وَلَكِنْ لَيْسَ إحْرَامُ الحَجِّ أَقْوَى مِنْ إحْرَامِ العُمْرَةِ فَإِنَّ إحْرَامَ العُمْرَةِ عَلَى انْفِرَادِهِ يَحْرُمُ عَلَى المُحْرِمِ بِهَا جَمِيعُ مَا يَحْرُمُ إحْرَامَ الحَجِّ فَكَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فَلا يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَعَلَى هَذَا يَجِبُ أَنْ يَخْتَصَّ وُجُوبُ الدَّمَيْنِ عَلَى القَارِنِ بِمَا إذَا كَانَ قَبْلَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، فَأَمَّا بَعْدَ الوُقُوفِ بِهَا فَفِي الجِمَاعِ يَجِبُ دَمَانِ، وَفِي سَائِرِ المَحْظُورَاتِ دَمٌ وَاحِدٌ لِمَا أَنَّ إحْرَامَ العُمْرَةِ إنَّمَا بَقِيَ فِي حَقِّ التَّحَلُّلِ لا غَيْرُ. قُلت بَعْدَ ذَلِكَ: وَإِنْ كَانَ شَيْخُ الإِسْلامِ ذَكَرَ مِثْلَ مَا ذَكَرْت. وَوَجْهُ البُعْدِ أَنَّ إحْرَامَ العُمْرَةِ بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْ أَفْعَالِهَا لَمْ يَبْقَ إلا فِي حَقِّ التَّحَلُّلِ خَاصَّةً فَكَانَ قَبْلَ الوُقُوفِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَتَجَاوَزَ المِيقَاتَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَعَلَيْهِ دَمَانِ). وَقَوْلُهُ (خِلافًا لِزُفَرَ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ عَلَيْهِ دَمَانِ لِكُلِّ إحْرَامٍ دَمٌ كَمَا فِي سَائِرِ المَحْظُورَاتِ. وَلَنَا (أَنَّ المُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ عِنْدَ المِيقَاتِ إحْرَامٌ وَاحِدٌ) أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ **أَحْرَمَ لِلعُمْرَةِ عِنْدَ المِيقَاتِ ثُمَّ أَحْرَمَ بِالحَجِّ بَعْدَ مَا جَاوَزَ المِيقَاتَ** كَانَ جَائِزًا وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ مَعَ أَنَّهُ قَارِنٌ أَيْضًا (وَبِتَأْخِيرِ وَاجِبٍ وَاحِدٍ لا يَجِبُ إلا جَزَاءٌ وَاحِدٌ).

(وَإِذَا اشتَرَكَ مُحرِمَانِ فِي قَتل صَيدٍ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا جَزَاءٌ كَامِلٌ)؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِالشَّرِكَةِ يَصِيرُ جَانِيًا جِنَايَةً تَفُوقُ الدَّلالَةَ فَيَتَعَدَّدُ الجَزَاءُ بِتَعَدُّدِ الجِنَايَةِ (وَإِذَا اشتَرَكَ حَلالانِ فِي قَتل صَيدِ الحَرَمِ فَعَلَيهِمَا جَزَاءٌ وَاحِدٌ)؛ لأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلٌ عَنِ المَحَلِّ لا جَزَاءٌ عَنِ الجِنَايَةِ فَيَتَّحِدُ بِاتِّحَادِ المَحَلِّ، كَرَجُلَينِ قَتَلا رَجُلا خَطَأً تَجِبُ عَلَيهِمَا دِيَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَفَّارَةٌ.

الشرح:

(وَإِذَا **اشْتَرَكَ مُحْرِمَانِ فِي قَتْلِ صَيْدٍ**) وَاحِدٍ (فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءٌ كَامِلٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَلَيْهِمَا جَزَاءٌ وَاحِدٌ لأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ الاعْتِبَارَ لِلمَحَلِّ، وَعَنْ هَذَا قَالَ الدَّالُّ الَّذِي لَمْ يَتَّصِلْ فِعْلُهُ بِالمَحَلِّ لا يَلزَمُهُ شَيْءٌ، وَالمَحَلُّ هَهُنَا وَاحِدٌ فَلا يَلزَمُهُ إلا جَزَاءٌ وَاحِدٌ، وَقَاسَ بِصَيْدِ الحَرَمِ وَحُقُوقِ العِبَادِ.

وَلَنا أنَّ كُلَّ وَاحدٍ منْهُمَا بالشَّركَة يَصيرُ جَانيًا جنَايَةً تفُوقُ الدَّلالةَ أمَّا أنَّهُ يَصيرُ جَانيًا؛ فَلأنَّ الفعْلَ الَّذي لا يَقْبَلُ التَّجْزئَةَ إذَا صَدَرَ منْ فَاعلَيْنِ يُضَافُ إلى كُلِّ وَاحدٍ منْهُمَا كَاملا كَمَا فِي القصَاصِ وَكَفَّارَةِ القتْلِ، وَأمَّا أنَّهُ جنَايَةٌ تَفُوقُ الدَّلالةَ فَلاتِّصَاله بِالمَحَلِّ دُونَهَا، وَإذَا كَانَ كُلُّ وَاحدٍ منْهُمَا جَانيًا تلكَ الجنَايَةَ كَانَتْ الجنَايَةُ مُتَعَدِّدَةً وَتَعَدُّدُهَا يُوجِبُ تَعَدُّدَ الجَزاءِ لا مَحَالةَ.

وَقَوْلُهُ (وَإذَا اشْتَرَكَ **حَلالانِ فِي قَتْلِ صَيْدِ الحَرَمِ**) وَهُوَ عَكْسُ المَسْألةِ المُتَقَدِّمَة ظَاهرٌ ممَّا تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ.

(وَإذَا بَاعَ المحرمُ الصَّيدَ أو ابتَاعَهُ فَالبَيعُ بَاطِلٌ)؛ لأنَّ بَيعَهُ حَيًّا تَعَرُّضٌ للصَّيدِ الآمنِ وَبَيعُهُ بَعدمَا قتَلهُ بَيعُ مَيتَةٍ.

الشرح:

(وَإذَا بَاعَ **المُحْرِمُ الصَّيْدَ أَوْ ابْتَاعَهُ** فَالبَيْعُ بَاطلٌ) قَال المُصَنِّفُ (؛ لأنَّ بَيْعَهُ حَيًّا تَعَرُّضٌ للصَّيْدِ الآمنِ) وَالتَّعَرُّضُ للصَّيْد الآمنِ بِالبَيْعِ بَاطلٌ لخُرُوجه عَنْ مَحَلِّيَّة البَيْعِ بتَحْرِيمِ الشَّرْعِ كَخُرُوجه عَنْ مَحَلِّيَّة الذَّبْحِ لذَلكَ وَالبَيْعُ المُضَافُ إلى غَيْرِ مَحَلِّه بَاطلٌ (وَبَيْعُهُ بَعْدَمَا قَتَلهُ بَيْعُ مَيْتَة) وَبَيْعُ المَيْتَة بَاطلٌ لعَدَمِ المَحَلِّ.

(وَمَن أخرَجَ ظَبيَةً مِن الحَرَمِ فَوَلَدَت أولادًا فَمَاتَت هِيَ وَأولادُهَا فَعَليهِ جَزَاؤُهُنَّ)؛ لأنَّ الصَّيدَ بَعدَ الإخرَاجِ مِن الحَرَمِ بَقِيَ مُستَحِقًّا للأمنِ شَرعًا وَلهَذَا وَجَبَ رَدُّهُ إلى مَأمَنِه، وَهَذِهِ صِفَةٌ شَرعِيَّةٌ فَتَسرِي إلى الوَلَدِ (فَإن أدَّى جَزَاءَهَا ثُمَّ وَلَدَت ليسَ عَليهِ جَزَاءُ الوَلَدِ)؛ لأنَّ بَعدَ أدَاءِ الجَزَاءِ لم تَبقَ آمِنَةً؛ لأنَّ وُصُولَ الخَلَفِ كَوُصُولِ الأصلِ، وَاللَّهُ أعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَخْرَجَ ظَبْيَةً منْ الحَرَمِ) **حَلالا كَانَ أَوْ مُحْرِمًا** (فَوَلَدَتْ أَوْلادًا فَمَاتَتْ هِيَ وَأَوْلادُهَا فَعَلَيْه جَزَاؤُهُنَّ؛ لأنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الإخْرَاجِ منْ الحَرَمِ بَقيَ مُسْتَحَقًّا للأَمْنِ شَرْعًا) يَعْني أنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الإخْرَاجِ منْ الحَرَمِ مُتَّصفٌ بِصفَة شَرْعيَّة وَهيَ بَقَاءُ اسْتحْقَاقه للأَمْنِ شَرْعًا، وَكُلُّ مَا اتَّصَفَ بصفَة شَرْعيَّة صفَتُهُ تلكَ تَسْرِي إلى الأَوْلاد. أَمَّا اتِّصَافُهُ ببَقَاءِ الاسْتحْقَاق للأَمْنِ شَرْعًا؛ فَلأَنَّ الرَّدَّ إلى مَأْمَنه وَاجبٌ.

وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا اتَّصَفَ بِتلكَ الصِّفَة صفَتُهُ تلكَ تَسْرِي إلى الأَوْلادِ فَكَمَا في

الحُرِّيَّة وَالرِّقِّ وَالكِتَابَة وَغَيْرِهَا، وَنُوقِضَ بِوَلَدِ المَغْصُوبَة فَإِنَّهَا وَاجِبَةُ الرَّدِّ إِلى مَالِكِهَا، وَهَذِهِ صِفَةٌ شَرْعِيَّةٌ وَلَمْ تَسْرِ إِلى وَلَدِهَا، فَإِنَّ زَوَائِدَ المَغْصُوب غَيْرُ مَضْمُونَة.

وَالجَوَابُ أَنَّ الصِّفَةَ الشَّرْعِيَّةَ تَسْرِي إِلى الأَوْلاد إِذَا لَمْ يَكُنْ مَانِعٌ، وَصِفَةُ المَغْصُوبِيَّة تَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِصِفَة شَرْعِيَّة، وَلأَنَّ تَصَوُّرَهَا لا يَتَحَقَّقُ فِي الأَوْلاد؛ لأَنَّ الغَصْبَ إِزَالَةُ اليَدِ المُحِقَّةِ، وَهِيَ فِي الأَوْلادِ لا تَتَحَقَّقُ لِعَدَمِ ثُبُوتِ يَدٍ عَلَيْهَا تُزَالُ بِالغَصْبِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

(وَإِذَا أَتَى الكُوفِيُّ بُستَانَ بَنِي عَامِرٍ فَأَحرَمَ بِعُمرَةٍ، فَإِن رَجَعَ إِلى ذَاتِ عِرقٍ وَلَبَّى بَطَلَ عَنهُ دَمُ الوَقتِ، وَإِن رَجَعَ إِليهِ وَلم يُلبِّ حَتَّى دَخَل مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمرَتِهِ فَعَلَيهِ دَمٌ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: إِن رَجَعَ إِليهِ مُحرِمًا فَلَيسَ عَلَيهِ شَيءٌ لَبَّى أَو لم يُلبِّ. وَقَال زُفَرُ: لا يَسقُطُ لَبَّى أَو لم يُلبِّ لأَنَّ جِنَايَتَهُ لم تَرتَفِع بِالعَودِ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَفَاضَ مِن عَرَفَاتٍ ثُمَّ عَادَ إِليهِ بَعدَ الغُرُوبِ.

وَلنَا أَنَّهُ تَدَارَكَ المَترُوكَ فِي أَوَانِهِ وَذَلكَ قَبل الشُّرُوعِ فِي الأَفعَال فَيَسقُطُ الدَّمُ، بِخِلافِ الإِفَاضَةِ؛ لأَنَّهُ لم يَتَدَارَك المَترُوكَ عَلَى مَا مَرَّ. غَيرَ أَنَّ التَّدَارُكَ عِندَهُمَا بِعَودِهِ مُحرِمًا؛ لأَنَّهُ أَظهَرَ حَقَّ المِيقَاتِ كَمَا إِذَا مَرَّ بِهِ مُحرِمًا سَاكِتًا. وَعِندَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِعَودِهِ مُحرِمًا مُلبِّيًا؛ لأَنَّ العَزِيمَةَ فِي الإِحرَامِ مِن دُوَيرَةِ أَهلِهِ، فَإِذَا تَرَخَّصَ بِالتَّأخِيرِ إِلى المِيقَاتِ وَجَبَ عَلَيهِ قَضَاءُ حَقِّهِ بِإِنشَاءِ التَّلبِيَةِ فَكَانَ التَّلافِي بِعَودِهِ مُلبِّيًا، وَعَلَى هَذَا الخِلافُ إِذَا أَحرَمَ بِحَجَّةٍ بَعدَ المُجَاوَزَةِ مَكَانَ العُمرَةِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا.

وَلو عَادَ بَعدَمَا ابتَدَأَ بِالطَّوَافِ، وَاستَلَمَ الحَجَرَ لا يَسقُطُ عَنهُ الدَّمُ بِالاتِّفَاقِ، وَلو عَادَ إِليهِ قَبل الإِحرَامِ يَسقُطُ بِالاتِّفَاقِ.

(وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرنَا (إِذَا كَانَ يُرِيدُ الحَجَّ أَو العُمرَةَ، فَإِن دَخَل البُستَانَ لِحَاجَةٍ فَلَهُ أَن يَدخُل مَكَّةَ بِغَيرِ إِحرَامٍ، وَوَقتُهُ البُستَانُ، وَهُوَ وَصَاحِبُ المَنزِل سَوَاءٌ)؛ لأَنَّ البُستَانَ غَيرُ وَاجِبِ التَّعظِيمِ فَلا يَلزَمُهُ الإِحرَامُ بِقَصدِهِ، وَإِذَا دَخَلهُ التَحَقَ بِأَهلِهِ، وَلِلبُستَانِيِّ أَن يَدخُل مَكَّةَ بِغَيرِ إِحرَامٍ لِلحَاجَةِ فَكَذَلكَ لهُ.

وَالمُرَادُ بِقَولِهِ: وَوَقتُهُ البُستَانُ جَمِيعُ الحِلِّ الَّذِي بَينَهُ وَبَينَ الحَرَمِ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ،

فَكَذَا وَقتُ الدَّاخِلِ الْمُلحَقِ بِهِ (فَإِن أَحرَمَا مِن الحِلِّ وَوَقفَا بِعَرفَةَ لم يَكُن عَليهِمَا شَيءٌ) يُرِيدُ بِهِ البُستَانِيَّ وَالدَّاخِلَ فِيهِ؛ لأَنَّهُمَا أَحرَمَا مِن مِيقَاتِهِمَا.

الشرح:

(**بَابُ مُجَاوَزَةِ الوَقتِ بغَيرِ إحرَامٍ**): قَال صَاحِبُ «النِّهَايَةِ» رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمَّا ذَكَرَ بَابَ الجِنَايَاتِ وَأَنْوَاعَهَا أَعْقَبَهُ ذِكْرَ بَابِ مُجَاوَزَةِ الوَقْتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ؛ لأَنَّ هَذَا مِنْ الجِنَايَاتِ أَيْضًا، إلا أَنَّ هَذَا قَبْلَ الإِحْرَامِ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ بَابِ الجِنَايَاتِ وَمَا يَتْبَعُهُ بَعْدَ الإِحْرَامِ، وَمُطْلَقُ ذِكْرِ جِنَايَةِ الْمُحْرِمِ يَتَنَاوَلُ مَا بَعْدَ الإِحْرَامِ فَكَانَ كَامِلا فِي اسْتِحْقَاقِ اسْمِ الجِنَايَةِ فَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ عَلى هَذَا البَابِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَجِبَ عَلى مَنْ **جَاوَزَ المِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ** شَيْءٌ؛ لأَنَّ الْمُحَرِّمَ للأَشْيَاءِ الْمُوجِبَةِ للكَفَّارَةِ هُوَ الإِحْرَامُ وَالإِحْرَامُ غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ. فَالجَوَابُ أَنَّ مَنْ جَاوَزَ المِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ارْتَكَبَ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ وَتَمَكَّنَ بِهِ فِي حَجِّهِ نُقْصَانٌ، وَنُقْصَانُهُ يُجْبَرُ بِالدَّمِ إِلا إِذَا تَدَارَكَ ذَلِكَ فِي أَوَانِهِ بِالرُّجُوعِ إِلى المِيقَاتِ مُلَبِّيًا قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ.

(وَإِذَا **أَتَى الكُوفِيُّ بُسْتَانَ بَنِي عَامِرٍ فَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ**، فَإِنْ رَجَعَ إِلى ذَاتِ عِرْقٍ وَلَبَّى بَطَلَ عَنْهُ دَمُ الوَقْتِ) وَتَخْصِيصُهُ بِذَاتِ عِرْقٍ بِنَاءً عَلى ظَاهِرِ حَالِ الكُوفِيِّ وَإِلا فَالرُّجُوعُ إِلَيْهِ وَإِلى غَيْرِهِ مِنْ الْمَوَاقِيتِ سَوَاءٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: يُنْظَرُ إِنْ عَادَ إِلى مِيقَاتٍ. وَذَلِكَ المِيقَاتُ يُحَاذِي المِيقَاتَ الأَوَّلَ أَوْ أَبْعَدَ إِلى الحَرَمِ سَقَطَ عَنْهُ الدَّمُ وَإِلا فَلا.

(وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ لكِنْ لَمْ يُلبِّ حَتَّى دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَتِهِ فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالا: إِنْ رَجَعَ مُحْرِمًا فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ لَبَّى أَوْ لَمْ يُلبِّ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَسْقُطُ لَبَّى أَوْ لَمْ يُلبِّ؛ لأَنَّ جِنَايَتَهُ لَمْ تَرْتَفِعْ بِالعَوْدِ)؛ لأَنَّ حَقَّ المِيقَاتِ إِنْشَاءُ الإِحْرَامِ، وَالرَّاجِعُ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمُنْشِئٍ (وَصَارَ كَمَا إِذَا أَفَاضَ مِنْ عَرَفَاتٍ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ الغُرُوبِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَدَارَكَ الْمَتْرُوكَ فِي وَقْتِهِ وَذَلِكَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الأَفْعَالِ) وَتَدَارُكُ الْمَتْرُوكِ فِي أَوَانِهِ يُسْقِطُ الكَفَّارَةَ.

(بِخِلافِ الإِفَاضَةِ لأَنَّهُ لَمْ يَتَدَارَكْ الْمَتْرُوكَ) لأَنَّ الْمَتْرُوكَ هُنَاكَ اسْتِدَامَةُ الوُقُوفِ إِلى

غُرُوبِ الشَّمْسِ، وَبِالعَوْدِ لَمْ يَحْصُلْ ذَلكَ عَلى مَا مَرَّ. وَبِهَذَا الكَلامِ تَمَّ الحُجَّةُ عَلى زُفَرَ وَبَقِيَ الكَلامُ بَيْنَهُمْ فِي أَنَّ التَّدَارُكَ هَل يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ العَوْدِ أَوْ مَعَ التَّلبِيَةِ (عِنْدَهُمَا بِعَوْدِهِ مُحْرِمًا لأَنَّهُ أَظْهَرَ حَقَّ المِيقَاتِ) وَهُوَ المُرُورُ بِهِ مُحْرِمًا فَإِنَّهُ إِذَا أَحْرَمَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ وَمَرَّ بِهِ سَاكِتًا صَحَّ (وَعِنْدَهُ بِعَوْدِهِ مُحْرِمًا مُلَبِّيًا؛ لأَنَّ العَزِيمَةَ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ) فَإِذَا أَحْرَمَ مِنْهَا صَارَتْ مَوْضِعَ إِحْرَامِهِ فَتُشْتَرَطُ التَّلبِيَةُ هُنَاكَ، فَإِذَا لَبَّى ثَمَّةَ ثُمَّ سَكَتَ عِنْدَ المُرُورِ بِالمِيقَاتِ لا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَلَيْسَ الكَلامُ فِيهِ وَإِنَّمَا الكَلامُ فِيمَا إِذَا تَرَخَّصَ بِالتَّأْخِيرِ إِلى المِيقَاتِ فَإِنَّهُ يَجِبُ قَضَاءُ حَقِّهِ بِإِنْشَاءِ التَّلبِيَةِ وَالإِحْرَامِ، فَإِذَا تَرَكَ ذَلكَ بِالمُجَاوَزَةِ حَتَّى أَحْرَمَ وَرَاءَ المِيقَاتِ ثُمَّ عَادَ، فَإِنْ لَبَّى فَقَدْ أَتَى بِجَمِيعِ مَا هُوَ المُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ فَيَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ، وَإِنْ لَمْ يُلبِّ فَلَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِ مَا اُسْتُحِقَّ عَلَيْهِ، وَالخِلافُ فِي إِحْرَامِ الحَجِّ بَعْدَ المُجَاوَزَةِ كَالخِلافِ فِي إِحْرَامِ العُمْرَةِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ عَادَ بَعْدَمَا ابْتَدَأَ الطَّوَافَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ وَلَمْ يُلبِّ حَتَّى دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ لِعُمْرَتِهِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ مَسْأَلَةَ العَوْدِ عَلى ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهٍ لا يَسْقُطُ بِالعَوْدِ بِالاتِّفَاقِ. وَفِي وَجْهٍ يَسْقُطُ بِهِ بِالاتِّفَاقِ، وَفِي وَجْهٍ عَلى الاخْتِلافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

وَبَيَانُهُ أَنَّ **مَنْ دَخَلَ مَكَّةَ يُرِيدُ الحَجَّ أَوْ العُمْرَةَ** لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ المِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، فَإِنْ جَاوَزَ فَإِمَّا أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ، وَإِنْ عَادَ، فَإِمَّا أَنْ يَعُودَ قَبْلَ الإِحْرَامِ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ عَادَ قَبْلَهُ سَقَطَ الدَّمُ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ أَنْشَأَ التَّلبِيَةَ الوَاجِبَةَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الإِحْرَامِ، وَإِنْ عَادَ بَعْدَهُ فَإِمَّا أَنْ يَعُودَ بَعْدَمَا ابْتَدَأَ الطَّوَافَ وَاسْتَلَمَ الحَجَرَ أَوْ قَبْلَهُ، فَإِنْ عَادَ بَعْدَهُ لا يَسْقُطُ الدَّمُ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ لَمَّا طَافَ وَاسْتَلَمَ الحَجَرَ وَقَعَ شَوْطًا مُعْتَدًّا بِهِ.

وَذَلكَ يُنَافِي إِسْقَاطَ الدَّمِ عَنْهُ لأَنَّ الإِسْقَاطَ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ مِنْ المِيقَاتِ تَقْدِيرًا وَبَعْدَمَا وَقَعَ مِنْهُ شَوْطٌ مُعْتَدٌّ بِهِ لا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مُبْتَدِئًا، وَظَهَرَ لك مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ قَوْلَهُ وَاسْتَلَمَ الحَجَرَ لِبَيَانِ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي ذَلكَ الشَّوْطِ وَإِنْ عَادَ قَبْلَهُ فَعَلى الاخْتِلافِ المَذْكُورِ.

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ دَخَلَ البُسْتَانَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (التَحَقَ بِأَهْلِه) يَعْنِي سَوَاءٌ نَوَى مُدَّةَ الإِقَامَةِ أَوْ لَمْ يَنْوِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ شَرَطَ نِيَّةَ الإِقَامَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَرَادَ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي فَصْلِ المَوَاقِيتِ بِقَوْلِه: (وَمَنْ كَانَ دَاخِلَ المِيقَاتِ فَوَقْتُهُ الحِلُّ) مَعْنَاهُ جَمِيعُ الحِلِّ الَّذِي بَيْنَ المَوَاقِيتِ وَبَيْنَ الحَرَمِ.

(وَمَن دَخَلَ مَكَّةَ بِغَيرِ إِحرَامٍ ثُمَّ خَرَجَ مِن عَامِهِ ذَلِكَ إِلى الوَقتِ، وَأَحرَمَ بِحَجَّةٍ عَلَيهِ أَجزَأَهُ) ذَلِكَ (مِن دُخُولِهِ مَكَّةَ بِغَيرِ إِحرَامٍ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجزِيهِ، وَهُوَ القِيَاسُ اعتِبَارًا بِمَا لَزِمَهُ بِسَبَبِ النَّذرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَحَوَّلَت السَّنَةُ.

وَلَنَا أَنَّهُ تَلافَى المَترُوكَ فِي وَقتِهِ؛ لأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيهِ تَعظِيمُ هَذِهِ البُقعَةِ بِالإِحرَامِ، كَمَا إِذَا أَتَاهُ مُحرِمًا بِحَجَّةِ الإِسلامِ فِي الابتِدَاءِ، بِخِلافِ مَا إِذَا تَحَوَّلَت السَّنَةُ؛ لأَنَّهُ صَارَ دَينًا فِي ذِمَّتِهِ فَلا يَتَأَدَّى إِلا بِإِحرَامٍ مَقصُودٍ كَمَا فِي الاعتِكَافِ المَنذُورِ فَإِنَّهُ يَتَأَدَّى بِصَومِ رَمَضَانَ مِن هَذِهِ السَّنَةِ دُونَ العَامِ الثَّانِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ دَخَلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ) مَعْنَاهُ مَنْ **دَخَلَ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ فَلَزِمَهُ حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ (ثُمَّ خَرَجَ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ) وَحَجَّ حَجَّةَ الإِسْلامِ أَوْ حَجَّةً أَوْ عُمْرَةً** فَإِنَّهَا تَنُوبُ عَمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ. وَقَالَ زُفَرُ: لا يُجْزِئُهُ وَهُوَ القِيَاسُ (اعْتِبَارًا بِمَا لَزِمَهُ بِسَبَبِ النَّذْرِ) فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حَجَّةٌ وَجَبَتْ بِالنَّذْرِ وَحَجَّ حَجَّةَ الإِسْلامِ فَإِنَّهُ لا يَسْقُطُ بِهَا المَنْذُورَةُ كَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَالجَامِعُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَاجِبَةٌ بِسَبَبٍ غَيْرِ سَبَبِ الأُخْرَى، فَإِنَّ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالدُّخُولِ بِمَنْزِلَةِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ بِالنَّذْرِ فِي أَنَّ الشُّرُوعَ مُلزِمٌ كَالنَّذْرِ، فَكَمَا لا تَتَأَدَّى المَنْذُورَةُ بِحَجَّةِ الإِسْلامِ فَكَذَا المَشْرُوعُ فِيهَا (وَصَارَ) ذَلِكَ (كَمَا إِذَا تَحَوَّلَتْ السَّنَةُ) ثُمَّ حَجَّ حَجَّةَ الإِسْلامِ فَإِنَّهُ لا يَقُومُ مَقَامَ مَا لَزِمَهُ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ بِلا خِلافٍ.

(وَلَنَا) وَهُوَ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ (أَنَّهُ تَلافَى المَتْرُوكَ فِي وَقْتِهِ) وَهُوَ السَّنَةُ الَّتِي دَخَلَ فِيهَا مَكَّةَ (لأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ تَعْظِيمُ هَذِهِ البُقْعَةِ بِالإِحْرَامِ) لا غَيْرُ عَلَى أَيِّ وَجْهٍ كَانَ وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ (كَمَا إِذَا أَتَاهُ مُحْرِمًا بِحَجَّةِ الإِسْلامِ فِي الابْتِدَاءِ) فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ عَنْ حَجَّةِ الإِسْلامِ الَّتِي نَوَى وَعَمَّا لَزِمَهُ بِدُخُولِهِ مَكَّةَ (بِخِلافِ مَا إِذَا تَحَوَّلَتْ السَّنَةُ لأَنَّهُ صَارَ دَيْنًا

في ذِمَّته) بمُضِيِّ وَقْت الحَجِّ (فَلا يَتَأَدَّى إلا بإِحْرَامٍ مَقْصُودٍ كَمَا فِي الاعْتِكَافِ المَنْذُورِ فَإِنَّهُ يَتَأَدَّى بِصَوْمِ رَمَضَانَ مِنْ سَنَة نَذَرَ فِيهَا دُونَ العَامِ الثَّانِي).

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ الحَجَّةَ بِتَحَوُّلِ السَّنَة تَصِيرُ دَيْنًا، وَلَكِنْ لا نُسَلِّمُ أَنَّ العُمْرَةَ تَصِيرُ دَيْنًا لعَدَمِ تَوَقُّتِهَا بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ العُمْرَةُ الوَاجِبَةُ بِدُخُوله مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ بِالعُمْرَةِ المَنْذُورَةِ فِي السَّنَة الثَّانِيَة كَمَا تَسْقُطُ بِهَا فِي السَّنَة الأُولى. أُجِيبَ بِأَنَّ تَأْخِيرَ العُمْرَةِ إلى أَيَّامِ النَّحْرِ وَالتَّشْرِيقِ مَكْرُوهٌ، فَإِذَا أَخَّرَهَا إلى وَقْتٍ مَكْرُوهٍ صَارَ كَالمُفَوِّتِ لَهَا فَصَارَتْ دَيْنًا.

(وَمَن جَاوَزَ الوَقتَ فَأَحرَمَ بِعُمرَةٍ وَأَفسَدَهَا مَضَى فِيهَا وَقَضَاهَا)؛ لأَنَّ الإِحرَامَ يَقَعُ لازِمًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَفسَدَ الحَجَّ (وَلَيسَ عَلَيهِ دَمٌ لِتَركِ الوَقتِ) وَعَلَى قِيَاسِ قَولِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَسقُطُ عَنهُ وَهُوَ نَظِيرُ الاختِلافِ فِي فَائِتِ الحَجِّ إِذَا جَاوَزَ الوَقتَ بِغَيرِ إِحرَامٍ وَفِيمَن جَاوَزَ الوَقتَ بِغَيرِ إِحرَامٍ وَأَحرَمَ بِالحَجِّ ثُمَّ أَفسَدَ حَجَّتَهُ، هُوَ يَعتَبِرُ المُجَاوَزَةَ هَذِهِ بِغَيرِهَا مِن المَحظُورَاتِ.

وَلَنَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا حَقَّ المِيقَاتِ بِالإِحرَامِ مِنهُ فِي القَضَاءِ، وَهُوَ يَحكِي الفَائِتَ وَلا يَنعَدِمُ بِهِ غَيرُهُ مِن المَحظُورَاتِ فَوَضَحَ الفَرقُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ جَاوَزَ المِيقَاتَ) بِغَيْرِ إِحْرَامٍ. ذُكِرَ فِي هَذِه المَسْأَلة ثَلاثَةُ أَحْكَامٍ: المُضِيُّ فِيهَا، وَقَضَاؤُهَا بِإِحْرَامٍ مِنْ المِيقَات، وَسُقُوطُ الدَّم. أَمَّا المُضِيُّ؛ فَلأَنَّ الإِحْرَامَ عَقْدٌ لازِمٌ لا يَخْرُجُ المَرْءُ عَنْهُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِيه إلا بِأَدَاءِ الأَفْعَال. وَأَمَّا القَضَاءُ فَلأَنَّهُ التَزَمَ الأَدَاءَ عَلَى وَجْه الصِّحَّة وَلَمْ يَفْعَل. وَأَمَّا سُقُوطُ الدَّم فَلأَنَّهُ إِذَا قَضَاهَا بِإِحْرَامٍ مِنْ المِيقَات يَنْجَبِرُ بِه مَا نَقَصَ مِنْ حَقِّ المِيقَات بِالمُجَاوَزَة مِنْ غَيْرِ إِحْرَامٍ فَسَقَطَ عَنْهُ الدَّمُ كَمَنْ سَهَا فِي صَلاته ثُمَّ أَفْسَدَهَا فَقَضَاهَا سَقَطَ سُجُودُ السَّهْوِ.

وَقَال زُفَرُ: لا يَسْقُطُ عَنْهُ الدَّمُ، وَهَذَا الاخْتِلافُ نَظِيرُ الاخْتِلاف فِيمَنْ جَاوَزَ المِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ ثُمَّ أَحْرَمَ بِالحَجِّ وَفَاتَهُ الحَجُّ ثُمَّ قَضَاهُ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ دَمُ الوَقْت عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ. وَنَظِيرُ الاخْتِلاف فِيمَنْ **جَاوَزَ المِيقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ وَأَحْرَمَ بِالحَجِّ ثُمَّ أَفْسَدَهُ بِالجِمَاعِ قَبْلَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ ثُمَّ قَضَاهُ** فَإِنَّ دَمَ الوَقْت يَسْقُطُ عَنْهُ عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ،

قَال: لأَنَّ الدَّمَ بِمُجَاوَزَةِ المِيقَاتِ صَارَ وَاجِبًا عَلَيْهِ فَلا يَسْقُطُ بِفَوَاتِ الحَجِّ، كَمَا لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّمُ بِالتَّطَيُّبِ أَوْ لُبْسِ المَخِيطِ فَإِنَّهُ لا يَسْقُطُ عَنْهُ بِفَوَاتِ الحَجِّ.

(وَلَنَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا حَقَّ المِيقَاتِ بِالإِحْرَامِ مِنْهُ) أَيْ مِنْ المِيقَاتِ (فِي القَضَاءِ وَهُوَ) أَيْ القَضَاءُ (يَحْكِي الفَائِتَ) أَيْ يَفْعَلُ مِثْلَ فِعْلِ مَا فَاتَ وَهُوَ الإِحْرَامُ مِنْ المِيقَاتِ ابْتِدَاءً فَيَنْعَدِمُ بِهِ المَعْنَى الَّذِي لأَجْلِهِ لَزِمَهُ الدَّمُ وَهُوَ المُجَاوَزَةُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ بِخِلافِ غَيْرِهِ مِنْ المَحْظُورَاتِ فَإِنَّهُ لا يَنْعَدِمُ بِفَوَاتِ الحَجِّ وَقَضَائِهِ.

(وَإِذَا خَرَجَ المَكِّيُّ يُرِيدُ الحَجَّ فَأَحرَمَ وَلَم يَعُد إلى الحَرَمِ وَوَقَفَ بِعَرَفَة فَعَلَيهِ شَاةٌ)؛ لأَنَّ وَقتَهُ الحَرَمُ وَقَد جَاوَزَهُ بِغَيرِ إحرَامٍ، فَإِن عَادَ إلى الحَرَمِ وَلَبَّى أَو لَم يُلَبِّ فَهُوَ عَلَى الاختِلافِ الَّذِي ذَكَرنَاهُ فِي الآفَاقِيِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ المَكِّيُّ مِنْ الحَرَمِ إلخ) ظَاهِرٌ.

(وَالمُتَمَتِّعُ إذَا فَرَغَ مِن عُمرَتِهِ ثُمَّ خَرَجَ مِن الحَرَمِ فَأَحرَمَ وَوَقَفَ بِعَرَفَة فَعَلَيهِ دَمٌ)؛ لأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ مَكَّة وَأَتَى بِأَفعَالِ العُمرَةِ صَارَ بِمَنزِلَةِ المَكِّيِّ، وَإِحرَامُ المَكِّيِّ مِن الحَرَمِ لَمَا ذَكَرنَا فَيَلزَمُهُ الدَّمُ بِتَأخِيرِهِ عَنهُ (فَإِن رَجَعَ إلى الحَرَمِ فَأَهَلَّ فِيهِ قَبلَ أَن يَقِفَ بِعَرَفَة فَلا شَيءَ عَلَيهِ) وَهُوَ عَلَى الخِلافِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي الآفَاقِيِّ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

(قَالَ أَبُو حَنِيفَة رَحِمَهُ اللَّهُ: إذَا أَحرَمَ المَكِّيُّ بِعُمرَةٍ وَطَافَ لَهَا شَوطًا ثُمَّ أَحرَمَ بِالحَجِّ فَإِنَّهُ يَرفُضُ الحَجَّ، وَعَلَيهِ لِرَفضِهِ دَمٌ، وَعَلَيهِ حَجَّة وَعُمرَةٌ). (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: رَفضُ العُمرَةِ أَحَبُّ إلَينَا وَقَضَاؤُهَا، وَعَلَيهِ دَمٌ)؛ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن رَفضِ أَحَدِهِمَا؛ لأَنَّ الجَمعَ بَينَهُمَا فِي حَقِّ المَكِّيِّ غَيرُ مَشرُوعٍ، وَالعُمرَةُ أَولَى بِالرَّفضِ؛ لأَنَّهَا أَدنَى حَالا وَأَقَلُّ أَعمَالا وَأَيسَرُ قَضَاءً لِكَونِهَا غَيرَ مُؤَقَّتَة.

وَكَذَا إذَا أَحرَمَ بِالعُمرَةِ ثُمَّ بِالحَجِّ وَلَم يَأتِ بِشَيءٍ مِن أَفعَالِ العُمرَةِ لِمَا قُلنَا. فَإِن طَافَ لِلعُمرَةِ أَربَعَة أَشوَاطٍ ثُمَّ أَحرَمَ بِالحَجِّ رَفَضَ الحَجَّ بِلا خِلافٍ؛ لأَنَّ لِلأَكثَرِ حُكمَ الكُلِّ فَتَعَذَّرَ رَفضُهَا كَمَا إذَا فَرَغَ مِنهَا، وَلا كَذَلِكَ إذَا طَافَ لِلعُمرَةِ أَقَلَّ مِن ذَلِكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَة رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَهُ أَنَّ إحرَامَ العُمرَةِ قَد تَأَكَّدَ بِأَدَاءِ شَيءٍ مِن أَعمَالِهَا، وَإِحرَامُ الحَجِّ لَم

يَتَأَكَّد، وَرَفضُ غَيرُ الْمُتَأَكِّدِ أَيسَرُ؛ وَلأَنَّ فِي رَفضِ العُمرَةِ، وَالحَالَةُ هَذِهِ إبطَال العَمَل.

وَفِي رَفضِ الحَجِّ امتِنَاعٌ عَنهُ وَعَلَيهِ دَمٌ بِالرَّفضِ أَيُّهُمَا رَفَضَهُ؛ لأَنَّهُ تَحَلَّل قَبل أَوَانِهِ؛ لتَعَذُّرِ الْمُضِيِّ فِيهِ فَكَانَ فِي مَعنَى الْمُحصَرِ إلا أَنَّ فِي رَفضِ العُمرَةِ قَضَاءَهَا لا غَيرُ، وَفِي رَفضِ الحَجِّ قَضَاؤُهُ وَعُمرَةٌ؛ لأَنَّهُ فِي مَعنَى فَائِتِ الحَجِّ (وَإِن مَضَى عَلَيهِمَا أَجزَأَهُ)؛ لأَنَّهُ أَدَّى أَفعَالَهُمَا كَمَا التَزَمَهُمَا، غَيرَ أَنَّهُ مَنهِيٌّ عَنهُمَا وَالنَّهيُ لا يَمنَعُ تَحَقُّقَ الفِعل عَلَى مَا عُرِفَ مِن أَصلنَا (وَعَلَيهِ دَمٌ؛ لجَمعِهِ بَينَهُمَا)؛ لأَنَّهُ تَمَكَّنَ النُّقصَانُ فِي عَمَلهِ لارتِكَابِهِ الْمَنهِيَّ عَنهُ، وَهَذَا فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ دَمُ جَبرٍ، وَفِي حَقِّ الآفَاقِيِّ دَمُ شُكرٍ.

(وَمَن أَحرَمَ بِالحَجِّ ثُمَّ أَحرَمَ يَومَ النَّحرِ بِحَجَّةٍ أُخرَى، فَإِن حَلَقَ فِي الأُولى لزِمَتَهُ الأُخرَى وَلا شَيءَ عَلَيهِ، وَإِن لم يَحلق فِي الأُولى لزِمَتَهُ الأُخرَى وَعَلَيهِ دَمٌ قَصَّرَ أَو لم يُقَصِّر عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: إن لم يُقَصِّر فَلا شَيءَ عَلَيهِ)؛ لأَنَّ الجَمعَ بَينَ إحرَامَي الحَجِّ أَو إحرَامَي العُمرَةِ بِدعَةٌ، فَإِذَا حَلَقَ فَهُوَ وَإِن كَانَ نُسُكًا فِي الإِحرَامِ الأَوَّل فَهُوَ جِنَايَةٌ عَلَى الثَّانِي؛ لأَنَّهُ فِي غَيرِ أَوَانِهِ فَلزِمَهُ الدَّمُ بِالإِجمَاعِ.

وَإِن لم يَحلق حَتَّى حَجَّ فِي العَامِ القَابِل فَقَد أَخَّرَ الحَلقَ عَن وَقتِهِ فِي الإِحرَامِ الأَوَّل وَذَلكَ يُوجِبُ الدَّمَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِندَهُمَا لا يَلزَمُهُ شَيءٌ عَلَى مَا ذَكَرنَا، فَلهَذَا سَوَّى بَينَ التَّقصِيرِ وَعَدَمِهِ عِندَهُ وَشَرطُ التَّقصِيرِ عِندَهُمَا.

الشرح:

(بَابُ إضَافَةِ الإِحرَامِ إلى الإِحرَامِ): إضَافَةُ الإِحْرَامِ إلى الإِحْرَامِ فِي حَقِّ المَكِّيِّ وَمَنْ بِمَعْنَاهُ جِنَايَةٌ، وَكَذَلكَ إضَافَةُ إحْرَامِ العُمْرَةِ إلى إحْرَامِ الحَجِّ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ، بِخِلافِ إضَافَةِ إحْرَامِ الحَجِّ إلى إحْرَامِ العُمْرَةِ؛ فَبِاعْتِبَارِ مَعْنَى الجِنَايَةِ ذَكَرَهَا عَقِيبَ الجِنَايَاتِ، وَبِاعْتِبَارِ عَدَمِهِ جَعَلَهُ فِي بَابٍ عَلى حِدَةٍ (قَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذَا أَحْرَمَ المَكِّيُّ بِعُمْرَةٍ وَطَافَ لَهَا شَوْطًا ثُمَّ أَحْرَمَ بِالحَجِّ فَإِنَّهُ يَرْفُضُ الحَجَّ وَعَلَيْهِ لرَفْضِهِ دَمٌ وَعَلَيْهِ حَجَّةٌ وَعُمْرَةٌ) قَيَّدَ بِالمَكِّيِّ.

لأَنَّ الآفَاقِيَّ إذَا أَهَلَّ بِالعُمْرَةِ أَوَّلا وَطَافَ لَهَا شَوْطًا ثُمَّ أَهَلَّ بِالحَجِّ مَضَى فِيهِمَا، وَلا يَرْفُضُ الحَجَّ؛ لأَنَّ بِنَاءَ أَعْمَالِ الحَجِّ عَلى أَعْمَالِ العُمْرَةِ صَحِيحٌ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ، إلا أَنَّهُ لوْ طَافَ لَهَا أَقَلَّ الأَشْوَاطِ كَانَ قَارِنًا، وَإِنْ طَافَ لَهَا الأَكْثَرَ كَانَ مُتَمَتِّعًا؛ لأَنَّ المُتَمَتِّعَ

مَنْ يُحْرِمُ بِالحَجِّ بَعْدَ عَمَلِ العُمْرَةِ، وَلأَكْثَرِ الطَّوَافِ حُكْمُ الكُلِّ، وَالقَارِنُ مَنْ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا.

وَقَيَّدَ بِالعُمْرَةِ لأَنَّ المَكِّيَّ إِذَا أَهَلَّ بِالحَجِّ فَطَافَ لَهُ شَوْطًا ثُمَّ أَهَلَّ بِالعُمْرَةِ فَإِنَّهُ يَرْفُضُ العُمْرَةَ؛ لأَنَّ إِحْرَامَهُ لِلحَجِّ قَدْ تَأَكَّدَ، وَقَبْلَ التَّأَكُّدِ كَانَ يُؤْمَرُ بِرَفْضِهَا فَبَعْدَهُ أَوْلَى. وَقَيَّدَ بِالشَّوْطِ: يَعْنِي الوَاحِدَ لأَنَّهُ إِذَا طَافَ لَهَا أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ لا خِلافَ فِي رَفْضِ الحَجِّ، وَأَمَّا فِي الشَّوْطَيْنِ وَالثَّلاثَةِ فَقَدْ صَرَّحَ فَخْرُ الإِسْلامِ بِوُجُودِ الخِلافِ الَّذِي ذُكِرَ إِذَا طَافَ لَهَا شَوْطًا.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: رَفْضُ العُمْرَةِ أَحَبُّ إِلَيْنَا وَقَضَاؤُهَا وَعَلَيْهِ دَمٌ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا) بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الحَجِّ وَالعُمْرَةِ فِي حَقِّ المَكِّيِّ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلا بُدَّ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا حَذَرًا مِنْ الاسْتِدَامَةِ عَلَى غَيْرِ المَشْرُوعِ (وَالعُمْرَةُ أَوْلَى بِالرَّفْضِ لأَنَّهَا أَدْنَى حَالا) لِكَوْنِهِ فَرْضًا دُونَهَا (وَأَقَلُّ أَعْمَالا)؛ لأَنَّ أَعْمَالَهَا الطَّوَافُ وَالسَّعْيُ لا غَيْرُ (وَأَيْسَرُ قَضَاءً لِكَوْنِهَا غَيْرَ مُؤَقَّتَةٍ) هَذَا إِذَا كَانَ الحَجُّ فَرْضًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ تَطَوُّعًا فَيُعَلَّلُ بِالوَجْهَيْنِ الأَخِيرَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَحْرَمَ) يَعْنِي رَفْضُ العُمْرَةِ أَحَبُّ لَكِنَّ هَذَا بِالاتِّفَاقِ (لِمَا قُلْنَا) يَعْنِي مِنْ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ، وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لأَنَّهُ عَطْفٌ بِقَوْلِهِ وَكَذَا المُتَّفَقُ عَلَيْهِ عَلَى المُخْتَلَفِ فِيهِ وَهُوَ مُلَبِّسٌ لا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ طَافَ لِلعُمْرَةِ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ) ظَاهِرٌ مِمَّا ذُكِرَ آنِفًا.

وَقَوْلُهُ (وَلا كَذَلِكَ إِذَا طَافَ لِلعُمْرَةِ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا) اخْتَلَفَتْ النُّسَخُ هَهُنَا فِي بَعْضِهَا عِنْدَهُمَا وَفِي بَعْضِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي بَعْضِهَا: وَكَذَلِكَ إِذَا طَافَ لِلعُمْرَةِ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِحَذْفِ كَلِمَةِ لا مِنْ قَوْلِهِ وَلا كَذَلِكَ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذَكَرَ الإِمَامُ مَوْلانَا حُسَامُ الدِّينِ الأَخْسِيكَتِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالصَّوَابُ وَكَذَلِكَ يَعْنِي النُّسْخَةَ الأَخِيرَةَ قَالَ: وَهَكَذَا أَيْضًا وَجَدْتُهُ بِخَطِّ شَيْخِي، وَلِكُلٍّ وَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ النُّسَخِ وَجْهٌ، أَمَّا وَجْهُ الأُولَى وَالثَّالِثَةِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا وَجْهُ الثَّانِيَةِ فَهُوَ أَنَّهُ لِدَفْعِ سُؤَالِ سَائِلٍ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا أَخَذَ الأَكْثَرُ حُكْمَ الكُلِّ يَكُونُ الأَقَلُّ مَعْدُومًا حُكْمًا، فَيَنْبَغِي أَنْ يَرْفُضَ العُمْرَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حِينَئِذٍ لأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ حُكْمَ

المَوْجُود فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَطُفْ للعُمْرَة شَيْئًا وَهُنَاكَ يَرْفُضُ العُمْرَةَ كَمَا مَرَّ، فَكَذَلكَ فِي المَعْدُومِ الحُكْمِيِّ، فَقَال لَيْسَ كَذَلكَ، لأَنَّهُ لَمَّا أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ أَفْعَال العُمْرَة فَقَدْ تَأَكَّدَتْ العُمْرَةُ وَلَمْ يَتَأَكَّدْ الحَجُّ أَصْلا فَكَانَ رَفْعُ غَيْرِ المُتَأَكِّدِ أَسْهَل.

وَهَذَا هُوَ أَحَدُ الوَجْهَيْنِ المَذْكُورَيْنِ فِي الكِتَاب مِنْ جَانِبه، وَالوَجْهُ الآخَرُ هُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْله (؛ وَلأَنَّ فِي رَفْضِ العُمْرَةِ وَالحَالةُ هَذِه) يَعْنِي وَالحَال أَنَّهُ أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ أَفْعَال العُمْرَة (إِبْطَال العَمَل) أَيْ الطَّوَاف الَّذِي أَتَى بِهِ (وَفِي رَفْضِ الحَجِّ امْتنَاعٌ عَنْهُ) وَالامْتنَاعُ أَهْوَنُ مِنْ إِبْطَال مَا وَقَعَ مُعْتَدًّا به.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْه دَمٌ بِالرَّفْضِ أَيُّهُمَا رَفَضَهُ) يَعْنِي الحَجَّ عِنْدَهُ وَالعُمْرَةَ عِنْدَهُمَا (لأَنَّهُ تَحَلَّل قَبْل أَوَانه لتَعَذُّرِ المُضِيِّ فيه) بِكَوْن الجَمْع بَيْنَهُمَا غَيْرَ مَشْرُوعٍ (فَكَانَ فِي مَعْنَى المُحْصَرِ) وَعَلَى المُحْصَرِ دَمٌ للتَّحَلُّل وَيَكُونُ الدَّمُ دَمَ جَبْرٍ لا دَمَ شُكْرٍ عَلى مَا يَأْتِي. فَإِنْ قِيلَ: هَلا لزِمَهُ دَمَان لحُرْمَة كُلِّ وَاحد منْ الإحْرَامَيْنِ دَمٌ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ أَحَدهِمَا بِالنُّقْصَان حَيْثُمَا تَمَكَّنَ وَإِنَّمَا تَمَكَّنَ فِي أَحَدهِمَا فَلذَلكَ لزِمَهُ دَمٌ وَاحدٌ.

(إلا أَنَّ فِي رَفْضِ العُمْرَة قَضَاءَهَا لا غَيْرُ وَفِي رَفْضِ الحَجِّ قَضَاؤُهُ وَعُمْرَةٌ) أَمَّا الحَجُّ فَلأَنَّهُ صَحَّ شُرُوعُهُ فِيه ثُمَّ رَفَضَهُ، وَأَمَّا العُمْرَةُ فَلأَنَّهُ فِي مَعْنَى فَائت الحَجِّ وَفَائتُ الحَجِّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَال العُمْرَة بالحَديث، وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّحَلُّلُ بِأَفْعَالهَا هَهُنَا لأَنَّهُ فِي العُمْرَةِ وَالجَمْعُ بَيْنَ العُمْرَتَيْنِ مَنْهِيٌّ فَيَجِبُ عَلَيْه قَضَاءُ الحَجِّ وَالعُمْرَة جَمِيعًا (وَإِنْ مَضَى عَلَيْهِمَا) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَرْفُضْ المَكِّيُّ وَمَنْ بِمَعْنَاهُ العُمْرَةَ أَوْ الحَجَّ وَمَضَى عَلَيْهِمَا وَأَدَّاهُمَا.

(أَجْزَأَهُ لأَنَّهُ أَدَّى أَفْعَالَهُمَا كَمَا التَزَمَهُمَا غَيْرَ أَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُمَا) أَيْ عَنْ إِحْرَامِ الحَجِّ وَإِحْرَامِ العُمْرَة جَمِيعًا. قَال صَاحِبُ «النِّهَايَة»: وَفِي نُسْخَة شَيْخي بخَطِّه مَنْهِيٌّ عَنْهَا أَيْ عَنْ العُمْرَة إِذْ هِيَ المُتَعَيِّنَةُ للرَّفْضِ إِجْمَاعًا فِيمَا إِذَا لَمْ يَشْتَغِل بِطَوَاف العُمْرَة وَالكَلامُ فِيه لأَنَّهَا هِيَ الدَّاخلةُ فِي وَقْت الحَجِّ وَبِسَبَبِهَا وَقَعَ العصْيَانُ.

وَقَوْلُهُ (وَالنَّهْيُ لا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الفعْل عَلَى مَا عُرِفَ منْ أَصْلنَا) أَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي المَشْرُوعيَّةَ دُونَ النَّفْيِ فِي أُصُول الفقْه قِيل ذَكَرَ المُصَنِّفُ فِي أَوَّل المَسْأَلة أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي حَقِّ المَكِّيِّ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، ثُمَّ ذَكَرَ هَهُنَا أَنَّهُ لا يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الفعْل، وَمَعْنَاهُ كَمَا قُلنَا أَنَّهُ يَقْتَضِي المَشْرُوعيَّةَ فَكَانَ التَّنَاقُضُ فِي كَلامِه. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْله غَيْرُ مَشْرُوعٍ غَيْرُ

مَشْرُوعٍ كَامِلا كَمَا فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ وَبِهِ يَنْدَفِعُ التَّنَاقُضُ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ دَمٌ) وَاضِحٌ. قَال (**وَمَنْ أَحْرَمَ بِالحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ يَوْمَ النَّحْرِ بِحَجَّةٍ أُخْرَى**) اعْلَمْ أَنَّ **إِضَافَةَ الإِحْرَامِ إِلى الإِحْرَامِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ** بِالقِسْمَةِ العَقْلِيَّةِ: إِدْخَالُ إِحْرَامِ الحَجِّ عَلى إِحْرَامِ العُمْرَةِ، وَإِدْخَالُ إِحْرَامِ الحَجِّ عَلى إِحْرَامِ الحَجِّ، وَإِدْخَالُ إِحْرَامِ العُمْرَةِ عَلى إِحْرَامِ العُمْرَةِ، وَإِدْخَالُ إِحْرَامِ العُمْرَةِ عَلى إِحْرَامِ الحَجِّ. وَقَدَّمَ إِدْخَال إِحْرَامِ الحَجِّ عَلى إِحْرَامِ العُمْرَةِ عَلى الأَقْسَامِ البَاقِيَةِ لِكَوْنِهِ أَدْخَل فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً وَلِهَذَا لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الدَّمُ.

وَلَمَّا فَرَغَ مِنْ ذَلِكَ ذَكَرَ إِدْخَال إِحْرَامِ الحَجِّ عَلى إِحْرَامِ الحَجِّ مُقَدَّمًا عَلى غَيْرِهِ لِقُوَّةِ حَالِهِ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا فَرْضًا، ثُمَّ إِدْخَال إِحْرَامِ العُمْرَةِ عَلى إِحْرَامِ العُمْرَةِ لاتِّفَاقِهِمَا فِي الكَيْفِيَّةِ وَكَمِّيَّةِ الأَفْعَال. وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ إِحْرَامَيْ الحَجِّ أَوْ إِحْرَامَيْ العُمْرَةِ بِدْعَةٌ، لَكِنْ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا لَزِمَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ يَلزَمُهُ أَحَدُهُمَا، وَلا كَلامَ هَهُنَا مَعَ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلى أَنَّ الإِحْرَامَ عِنْدَهُ رُكْنٌ فَلا يُمْكِنُ الجَمْعُ بَيْنَ الرُّكْنَيْنِ.

وَعِنْدَنَا شَرْطٌ لِلأَدَاءِ، لَكِنَّ مُحَمَّدًا يَقُولُ: وَهُوَ وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِلأَدَاءِ إِلا أَنَّهُ مَا شُرِعَ إِلا لِلأَدَاءِ فَلا يَتَحَقَّقُ إِلا عَلى الوَجْهِ الَّذِي يُتَصَوَّرُ فِيهِ الأَدَاءُ. وَأَدَاءُ حَجَّتَيْنِ أَوْ عُمْرَتَيْنِ مَعًا غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ فَلا يُتَصَوَّرُ الإِحْرَامُ لَهُمَا كَالتَّحْرِيمَةِ فِي الصَّلاةِ، وَهُمَا يَقُولانِ الإِحْرَامُ بِالحَجِّ التِزَامٌ مَحْضٌ فِي الذِّمَّةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصِحُّ مُنْفَصِلا عَنْ الأَدَاءِ وَالذِّمَّةُ تَسَعُ حِجَجًا كَثِيرَةً فَصَارَ مِنْ هَذَا الوَجْهِ كَالنَّذْرِ بِخِلافِ التَّحْرِيمَةِ لِلصَّلاةِ لأَنَّهَا لا تَصِحُّ مُنْفَصِلةً عَنْ الأَدَاءِ إِلا أَنَّهُ لا بُدَّ لهُ مِنْ رَفْضِ أَحَدِهِمَا إِمَّا احْتِرَازًا عَنْ ارْتِكَابِ المَنْهِيِّ عَنْهُ، وَإِمَّا؛ لأَنَّ البَقَاءَ لِلأَدَاءِ لا لِلالتِزَامِ وَالجَمْعُ أَدَاءٌ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ.

فَبَعْدَ هَذَا قَال أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا تَوَجَّهَ إِلى أَدَاءِ أَحَدِهِمَا صَارَ رَافِضًا لِلأُخْرَى. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: كَمَا فَرَغَ مِنْ الإِحْرَامَيْنِ يَصِيرُ رَافِضًا أَحَدَهُمَا. وَفَائِدَةُ الاخْتِلافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا قَتَل صَيْدًا قَبْل أَنْ يَتَوَجَّهَ إِلى أَحَدِهِمَا، فَإِنَّهُ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ يَلزَمُهُ قِيمَتَانِ، وَعَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ يَلزَمُهُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا أُحْصِرَ فِي هَذِهِ الحَالةِ يَحْتَاجُ إِلى هَدْيَيْنِ لِلتَّحَلُّل عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ.

إِذَا عَرَفْت هَذَا نَعُودُ إلى تَطْبِيقِ مَا فِي الكِتَابِ عَلى هَذَا الأَصْل، فَإِذَا **أَحْرَمَ بِالحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ يَوْمَ النَّحْرِ بِحَجَّةٍ أُخْرَى** (فَإِنْ حَلقَ فِي) الحَجَّة (الأُولى) ثُمَّ أَحْرَمَ يَوْمَ النَّحْرِ بِحَجَّةٍ أُخْرَى (لزمَتْهُ الأُخْرَى) لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ التزَامٌ مَحْضٌ (وَلا شَيْءَ عَلَيْه)؛ لأَنَّ الأُولى قَدْ انْتَهَتْ نِهَايَتَهَا (وَإِنْ لَمْ يَحْلِقْ فِي الأُولى) وَأَحْرَمَ بِحَجَّةٍ أُخْرَى صَارَ جَامِعًا بَيْنَ إِحْرَامَيْ الحَجِّ، فَبَعْدَ ذَلكَ إِمَّا أَنْ يَحْلقَ للأُولى فِي هَذه السَّنَةِ أَوْ يُؤَخِّرَ الحَلقَ إلى السَّنَةِ الثَّانيَةِ، فَإِنْ حَلقَ فَقَدْ تَحَلَّل عَنْ الأُولى، وَلكِنْ جَنَى عَلى الثَّانيَةِ بِالحَلق.

وَإِنْ أَخَّرَ فَقَدْ أَخَّرَ الحَلقَ فِي الأُولى عَنْ وَقْته، وَالتَّأْخِيرُ عَنْ الوَقْتِ مَضْمُونٌ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَلِهَذَا قَال فِي الكِتَابِ (وَعَلَيْه دَمٌ قَصَّرَ أَوْ لَمْ يُقَصِّرْ) أَيْ حَلقَ أَوْ لَمْ يَحْلقْ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِالتَّقْصِيرِ؛ لأَنَّ وَضْعَ المَسْأَلة فِي قَوْله وَمَنْ أَحْرَمَ بِالحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى، فَذَكَرَ أَوَّلا لفْظَ الحَلقِ ثُمَّ لفْظَ التَّقْصِيرِ لَمَا أَنَّ الأَفْضَل فِي حَقِّ الرِّجَال الحَلقُ، وَفِي حَقِّ النِّسَاءِ التَّقْصِيرُ (وَقَالا: إِنْ لَمْ يُقَصِّرْ فَلا شَيْءَ عَلَيْه؛ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ إِحْرَامَيْ الحَجِّ أَوْ إِحْرَامَيْ العُمْرَةِ بِدْعَةٌ) إلى آخرِ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ بَعْدَ التَّأَمُّل فِيمَا سَبَقَ.

لكِنْ يُرَدُّ عَلَيْه شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ المَذْكُورَ مِنْ مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ فِي هَذَا الأَصْل أَنَّهُ إِذَا جَمَعَ بَيْنَ إِحْرَامَيْنِ إِنَّمَا يَلزَمُهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ الإِمَامِ التُّمُرْتَاشِيِّ وَالفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة. وَحِينَئِذٍ يَنْبَغِي أَنْ لا يَلزَمَهُ دَمٌ، وَإِنْ قَصَّرَ لعَدَمِ لُزُومِ الآخَرِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سَهْوًا فِي نَقْل مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَمَذْهَبُهُ كَمَذْهَبِهِمَا، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ عَنْهُ فِي ذَلكَ رِوَايَتَان.

(وَمَن فَرَغَ مِن عُمرَتِهِ إلا التَّقصِيرَ فَأَحرَمَ بِأُخرَى فَعَلَيهِ دَمٌ لإِحرَامِهِ قَبل الوَقتِ)؛ لأَنَّهُ جَمَعَ بَينَ إحرَامَي العُمرَةِ وَهَذَا مَكرُوهٌ فَيَلزَمُهُ الدَّمُ وَهُوَ دَمُ جَبرٍ وَكَفَّارَةٍ.

الشرح:

(وَمَنْ فَرَغَ مِنْ عُمْرَتِه إلا **التَّقْصِيرَ فَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ أُخْرَى** فَعَلَيْه دَمٌ) يَعْنِي بِالاتِّفَاق (لإِحْرَامه قَبْل الوَقْت)؛ لأَنَّ وَقْتَهُ بَعْدَ الحَلقِ الأَوَّل وَلَمْ يُوجَدْ (لأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ إِحْرَامَيْ العُمْرَةِ وَهَذَا مَكْرُوهٌ فَيَلزَمُهُ الدَّمُ وَهُوَ دَمُ جَبْرٍ وَكَفَّارَةٍ) لا يَحلُّ التَّنَاوُلُ مِنْهُ، وَهَذِهِ المَسْأَلةُ مِنْ خَوَاصِّ الجَامِعِ الصَّغِيرِ بَيَّنَ فِيهَا لُزُومَ دَمِ الجَمْعِ فِي العُمْرَةِ مِنْ غَيْرِ اخْتِلافِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَسَكَتَ مُحَمَّدٌ بَيَانُ وُجُوبِهِ للجَمْعِ بَيْنَ إِحْرَامَيْ الحَجِّ فِي الجَامِعِ

الصَّغِيرِ وَأَوْجَبَهُ فِي مَنَاسِكِ المَبْسُوطِ.

وَقَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا: فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ. وَأَمَّا وُجُوبُهُ فِي الجَمْعِ بَيْنَ إِحْرَامَيْ العُمْرَةِ فَذَلِكَ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ أَيْضًا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَ مُحَمَّدٍ فِي لُزُومِ الإِحْرَامَيْنِ كَمَذْهَبِهِمَا، وَإِلا لَمَا لَزِمَ عِنْدَهُ شَيْءٌ؛ لأَنَّ الجَمْعَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ لِعَدَمِ لُزُومِ أَحَدِهِمَا، إلا إِذْ أَرَادَ بِالجَمْعِ إِدْخَالَ الإِحْرَامِ عَلَى الإِحْرَامِ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ إلا أَحَدُهُمَا فَيَسْتَقِيمُ.

(وَمَن أَهَلَّ بِالحَجِّ ثُمَّ أَحرَمَ بِعُمرَةٍ لزِمَاهُ)؛ لأَنَّ الجمعَ بَينَهُمَا مَشرُوعٌ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ، وَالمَسأَلَةُ فِيهِ فَيَصِيرُ بِذَلكَ قَارِنًا لكِنَّهُ أَخطَأَ السُّنَّةَ فَيَصِيرُ مُسِيئًا (وَلو وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ وَلم يَأتِ بِأَفعَالِ العُمرَةِ فَهُوَ رَافِضٌ لعُمرَتِهِ)؛ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيهِ أَدَاؤُهَا إِذ هِيَ مَبنِيَّةٌ عَلَى الحَجِّ غَيرُ مَشرُوعَةٍ (فَإِن تَوَجَّهَ إِليهَا لم يَكُن رَافِضًا حَتَّى يَقِفَ) وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَهَلَّ بِالحَجِّ) أَيْ رَفَعَ صَوْتَهُ بِالتَّلْبِيَةِ (ثُمَّ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ لزِمَاهُ؛ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ وَالمَسْأَلَةُ فِيهِ فَيَصِيرُ بِذَلِكَ قَارِنًا) لأَنَّهُ قَرَنَ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ (لكِنَّهُ أَخْطَأَ السُّنَّةَ فَيَصِيرُ مُسِيئًا)؛ لأَنَّ السُّنَّةَ إِدْخَالُ الحَجِّ عَلَى العُمْرَةِ لا إِدْخَالُ العُمْرَةِ عَلَى الحَجِّ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ ﴾ [البقرة: ١٩٦] جَعَلَ الحَجَّ آخرَ الغَايَتَيْنِ.

لكِنْ لَمَّا لَمْ يُؤَدِّ الحَجَّ صَحَّ؛ لأَنَّ التَّرْتِيبَ وُجِدَ فِي الأَفْعَالِ، وَإِنْ فَاتَ فِي الإِحْرَامِ فَعَلَيْهِ تَقْدِيمُ أَفْعَالِ العُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الحَجِّ، حَتَّى (لَوْ وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ وَلَمْ يَأْتِ بِأَفْعَالِ العُمْرَةِ كَانَ رَافِضًا لِعُمْرَتِهِ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهَا إِذْ هِيَ مَبْنِيَّةً عَلَى الحَجِّ غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ) بَلِ المَشْرُوعُ هُوَ أَنْ تَكُونَ أَفْعَالُ الحَجِّ مَبْنِيَّةً عَلَى أَفْعَالِ العُمْرَةِ.

وَقَوْلُهُ: (مَبْنِيَّةً) نُصِبَ عَلَى الحَالِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَالعَامِلُ فِيهَا مَعْنَى الإِشَارَةِ فِي هِيَ فَلِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِقَيْدٍ سَيَجِيءُ وَفِيهِ نَظَرٌ (فَإِنْ تَوَجَّهَ إِلَيْهَا لَمْ يَكُنْ رَافِضًا) حَتَّى لَوْ بَدَا لَهُ فَرَجَعَ مِنْ الطَّرِيقِ إِلَى مَكَّةَ فَطَافَ لِعُمْرَتِهِ وَسَعَى ثُمَّ وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ كَانَ قَارِنًا (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي آخِرِ بَابِ القِرَانِ حَيْثُ قَالَ وَلا يَصِيرُ رَافِضًا بِمُجَرَّدِ التَّوَجُّهِ هُوَ الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ إلخْ.

(فَإن طَافَ للحَجِّ ثُمَّ أَحرَمَ بِعُمرَةٍ فَمَضَى عَليهِمَا لزِمَاهُ وَعَليهِ دَمٌ لجَمعِهِ بَينَهُمَا)؛ لأنَّ الجَمعَ بَينَهُمَا مَشرُوعٌ عَلى مَا مَرَّ فَيَصِحُّ الإحرَامُ بِهِمَا، وَالمُرَادُ بِهَذَا الطَّوَافِ طَوَافُ التَّحِيَّةِ، وَأَنَّهُ سُنَّةٌ وَلَيسَ بِرُكنٍ حَتَّى لا يَلزَمَهُ بِتَركِهِ شَيءٌ، وَإِذَا لم يَأتِ بِمَا هُوَ رُكنٌ يُمكِنُهُ أَن يَأتِيَ بِأَفعَالِ العُمرَةِ ثُمَّ بِأَفعَالِ الحَجِّ، فَلِهَذَا لو مَضَى عَلَيهِمَا جَازَ وَعَليهِ دَمٌ لجَمعِهِ بَينَهُمَا وَهُوَ دَمُ كَفَّارَةٍ وَجَبرٍ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأنَّهُ بَانٍ أَفعَالَ العُمرَةِ عَلى أَفعَالِ الحَجِّ مِن وَجهٍ.

(وَيُستَحَبُّ أَن يَرفُضَ عُمرَتَهُ)؛ لأنَّ إِحرَامَ الحَجِّ قَد تَأَكَّدَ بِشَيءٍ مِن أَعمَالِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا لم يَطُف للحَجِّ، وَإِذَا رَفَضَ عُمرَتَهُ يَقضِيهَا لصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا (وَعَليهِ دَمٌ) لرَفضِهَا (وَمَن أَهَلَّ بِعُمرَةٍ فِي يَومِ النَّحرِ أَو فِي أَيَّامِ التَّشرِيقِ لزِمَتهُ) لمَا قُلنَا (وَيَرفُضُهَا) أَي يَلزَمُهُ الرَّفضُ؛ لأنَّهُ قَد أَدَّى رُكنَ الحَجِّ فَيَصِيرُ بَانِيًا أَفعَالَ العُمرَةِ عَلى أَفعَالِ الحَجِّ مِن كُلِّ وَجهٍ، وَقَد كُرِهَت العُمرَةُ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ أَيضًا عَلى مَا نَذكُرُ فَلِهَذَا يَلزَمُهُ رَفضُهَا.

فَإِن رَفَضَهَا فَعَلَيهِ دَمٌ؛ لرَفضِهَا (وَعُمرَةٌ مَكَانَهَا) لمَا بَيَّنَّا (فَإِن مَضَى عَليهَا أَجزَأَهُ)؛ لأنَّ الكَرَاهَةَ لمَعنًى فِي غَيرِهَا وَهُوَ كَونُهُ مَشغُولا فِي هَذِهِ الأَيَّامِ بِأَدَاءِ بَقِيَّةِ أَعمَالِ الحَجِّ فَيَجِبُ تَخلِيصُ الوَقتِ لهُ تَعظِيمًا (وَعَليهِ دَمٌ لجَمعِهِ بَينَهُمَا) إمَّا فِي الإحرَامِ أَو فِي الأَعمَالِ البَاقِيَةِ، قَالُوا: وَهَذَا دَمُ كَفَّارَةٍ أَيضًا. وَقِيل إذَا حَلَقَ للحَجِّ ثُمَّ أَحرَمَ لا يَرفُضُهَا عَلى ظَاهِرِ مَا ذَكَرَ فِي الأَصلِ، وَقِيل يَرفُضُهَا احتِرَازًا عَن النَّهيِ.

الشرح:

(فَإِنْ طَافَ للحَجِّ) يَعْنِي طَوَافَ التَّحِيَّةِ (ثُمَّ أَحْرَمَ بعُمْرَةٍ فَمَضَى عَلَيْهِمَا) وَتَفْسِيرُ المُضِيِّ أَنْ يُقَدِّمَ أَفْعَالَ العُمْرَةِ عَلى أَفْعَالِ الحَجِّ كَمَا هُوَ المَسْنُونُ في القِرَانِ (لزِمَاهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ لجَمْعِهِ بَيْنَهُمَا؛ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ عَلى مَا مَرَّ) يَعْنِي قَوْلَهُ؛ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ (فَصَحَّ الإِحْرَامُ بِهِمَا) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا اخْتَارَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ وَقَاضِي خَانْ وَالإِمَامُ المَحْبُوبِيُّ أَنَّ ذَلِكَ دَمُ القِرَانِ فَيَكُونُ دَمَ شُكْرٍ. وَذَكَرَ الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ مِثْل مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ لأَنَّهُ أَخْطَأَ السُّنَّةَ فِي بِنَاءِ أَفْعَالِ العُمْرَةِ عَلى أَفْعَالِ الحَجِّ مِنْ وَجْهٍ فَكَانَ

كَقِرَانِ المَكِّيِّ. وَقَوْلُهُ (وَيُسْتَحَبُّ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَهَلَّ بِعُمْرَةٍ فِي يَوْمِ النَّحْرِ) يَعْنِي قَبْلَ الحَلقِ أَوْ قَبْلَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ؛ لأَنَّ حُكْمَ مَنْ أَهَلَّ بِهَا بَعْدَمَا حَلَّ مِنْ الحَجَّةِ بِالحَلقِ يَأْتِي ذِكْرُهُ كَذَا فِي النِّهَايَةِ، وَالظَّاهِرُ الإِطْلاقُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ.

وَقَوْلُهُ (لزِمَتْهُ لَمَا قُلنَا) يُرِيدُ قَوْلَهُ؛ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَيَرْفُضُهَا) قَالُوا مَعْنَاهُ: يَلزَمُهُ الرَّفْضُ لأَنَّهُ قَدْ أَدَّى رُكْنَ الحَجِّ، وَهُوَ الوُقُوفُ فَيَصِيرُ بَانِيًا أَفْعَالَ العُمْرَةِ عَلَى أَفْعَالِ الحَجِّ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ كُرِهَتْ العُمْرَةُ) وَجْهٌ آخَرُ فِي لُزُومِ الرَّفْضِ (عَلى مَا نَذْكُرُ) إِشَارَةً إِلى مَا يُذْكَرُ فِي بَابِ الفَوَاتِ بِقَوْله العُمْرَةُ لا تَفُوتُ وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ إلا خَمْسَةَ أَيَّامٍ يُكْرَهُ فِعْلُهَا فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَعُمْرَةٌ مَكَانَهَا) أَيْ قَضَاءً للمَرْفُوضَةِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةً إِلى قَوْله؛ لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مَشْرُوعٌ.

فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذه المَسْأَلة وَبَيْنَ الشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ فِي يَوْمِ النَّحْرِ حَيْثُ لا يَلزَمُهُ القَضَاءُ إِذَا أَفْسَدَهُ وَهُنَا يَلزَمُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مُجَرَّدَ الشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ فِيه تَحْصُلُ به المَعْصِيَةُ وَهِيَ تَرْكُ إِجَابَةِ ضِيَافَةِ اللَّه تَعَالى فَيُؤْمَرُ بِالإِفْطَارِ وَلا يَلزَمُهُ القَضَاءُ، وَأَمَّا بِمُجَرَّدِ الإِحْرَامِ للعُمْرَةِ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ فَلا تَحْصُلُ لأَنَّ المَعْصِيَةَ أَدَاءُ أَفْعَالهَا فِي هَذه الأَيَّامِ فَيَلزَمُهُ القَضَاءُ لصِحَّةِ الشُّرُوعِ (وَإِنْ مَضَى عَلَيْهَا) أَيْ عَلى العُمْرَةِ الَّتِي أَحْرَمَ لهَا يَوْمَ النَّحْرِ وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ عَليْهِمَا: أَيْ عَلى الحَجِّ وَالعُمْرَةِ (أَجْزَأَهُ) وَدَلِيلُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَليْه دَمٌ لجَمْعه بَيْنَهُمَا، إِمَّا فِي الإِحْرَامِ) يَعْنِي إِنْ كَانَ إِحْرَامُ العُمْرَةِ قَبْل التَّحَلُّل بِالحَلقِ (أَوْ فِي الأَعْمَال البَاقِيَة) يَعْنِي إِذَا كَانَ بَعْدَ الحَلقِ، وَهَذَا يُرْشِدُك إِلى أَنَّ كَلامَ المُصَنِّف عَلى إِطْلاقه ليْسَ بِمُقَيَّد بِمَا قَبْل الحَلقِ كَمَا قَال صَاحِبُ النِّهَايَة، لأَنَّهُ إِذَا كَانَ قَبْل الحَلقِ فَفِيه الجَمْعُ بَيْنَ الإِحْرَامَيْنِ فَلا حَاجَةَ إِلى قَوْله أَوْ فِي الأَعْمَال لا سِيَّمَا وَقَدْ ذُكِرَ بِكَلمَةِ أَوْ، وَكَذَا قَوْلُهُ وَقِيل إِذَا حَلقَ يَدُلُّ عَلى ذَلكَ لأَنَّ مَعْنَاهُ يَلزَمُهُ الرَّفْضُ مُطْلقًا.

(وَقِيل إِذَا حَلقَ للحَجِّ ثُمَّ أَحْرَمَ لا يَرْفُضُهَا عَلى ظَاهِرِ مَا ذُكِرَ فِي الأَصْل) قَال الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ: لمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ الرَّفْضَ فِي الجَامعِ الصَّغِيرِ، وَجَوَابُهُ فِي الأَصْل

مُشْتَبَهٌ ظَاهِرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لا يَرْفُضُهَا (وَقِيل يَرْفُضُهَا احْتِرَازًا عَنْ النَّهْيِ) يَعْنِي النَّهْيَ عَنْ العُمْرَةِ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ كَمَا ذَكَرْنَا.

قَال الفَقِيهُ أَبُو جَعفَرٍ: وَمَشَايِخُنَا رَحِمَهُم اللَّهُ تَعَالى عَلى هَذَا (فَإِن فَاتَهُ الحَجُّ ثُمَّ أَحرَمَ بِعُمرَةٍ أَو بِحَجَّةٍ فَإِنَّهُ يَرفُضُهَا)؛ لأَنَّ فَائِتَ الحَجِّ يَتَحَلَّلُ بِأَفعَال العُمرَةِ مِن غَيرِ أَن يَنقَلِبَ إِحرَامُهُ إِحرَامِ العُمرَةِ عَلى مَا يَأتِيك فِي بَابِ الفَوَاتِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى فَيَصِيرُ جَامِعًا بَينَ العُمرَتَينِ مِن حَيثُ الأَفعَالُ فَعَلَيهِ أَن يَرفُضَهَا كَمَا لو أَحرَمَ بِعُمرَتَينِ، وَإِن أَحرَمَ بِحَجَّةٍ يَصِيرُ جَامِعًا بَينَ الحَجَّتَينِ إِحرَامًا فَعَلَيهِ أَن يَرفُضَهَا كَمَا لو أَحرَمَ بِحَجَّتَينِ وَعَلَيهِ قَضَاؤُهَا لِصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا وَدَمٌ لِرَفضِهَا بِالتَّحَلُّل قَبل أَوَانِهِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

(قَال الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ وَمَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: عَلى هَذَا) القَوْل وَهُوَ رَفْضُ العُمْرَة. وَمَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الأَصْل أَنَّهُ لا يَرْفُضُهَا: أَيْ لا تُرْتَفَضُ مِنْ غَيْرِ رَفْضٍ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ فَاتَهُ الحَجُّ) يَعْنِي فَائِتَ الحَجِّ وَهُوَ مَنْ فَاتَهُ الوُقُوفُ بِعَرَفَةَ إِذَا أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ فَإِنَّهُ يَرْفُضُ الَّتِي أَحْرَمَ بِهَا.

أَمَّا إِذَا كَانَتْ عُمْرَةً؛ فَلأَنَّ فَائتَ الحَجِّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَال العُمْرَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقَلِبَ إِحْرَامُهُ إِحْرَامَ العُمْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خلافًا لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ لُزُومِ الرَّفْضِ إِذَا أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ أُخْرَى، فَعِنْدَهُمَا يَرْفُضُهَا كَيْ لا يَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَ إِحْرَامَيْ الحَجِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا يَرْفُضُهَا بَل يَمْضِي فِيهَا. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا يَأْتِيك) أَرَادَ بِه قَوْلَهُ؛ لأَنَّ فَائتَ الحَجِّ يَتَحَلَّلُ بِأَفْعَال العُمْرَةِ لا قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقَلِبَ إِحْرَامُهُ إِحْرَامَ العُمْرَةِ؛ لأَنَّ هَذَا غَيْرُ مَذْكُورٍ هُنَاكَ.

وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ جَامِعًا) أَيْ **فَائتُ الحَجِّ الَّذِي أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ** يَصِيرُ جَامِعًا (بَيْنَ العُمْرَتَيْنِ) أَفْعَالا فَيَجِبُ أَنْ يَرْفُضَ العُمْرَةَ الَّتِي أَحْرَمَ بِهَا كَمَا لوْ أَحْرَمَ بِعُمْرَتَيْنِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ حَجَّةً فَإِنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الحَجَّتَيْنِ إِحْرَامًا فَعَلَيْه أَنْ يَرْفُضَهَا كَمَا لوْ أَحْرَمَ بِحَجَّتَيْنِ وَعَلَيْه قَضَاؤُهَا لِصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا وَدَمٌ لِرَفْضِهَا بِالتَّحَلُّل قَبْل أَوَانِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الإحصار

(وَإِذَا أُحصِرَ المُحرِمُ بِعَدُوٍّ أَو أَصَابَهُ مَرَضٌ فَمَنَعَهُ مِن المُضِيِّ جَازَ لهُ التَّحَلُّلُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَكُونُ الإِحصَارُ إلا بِالعَدُوِّ؛ لأَنَّ التَّحَلُّل بِالهَدي شُرِعَ فِي حَقِّ المُحصَرِ؛ لتَحصِيل النَّجَاةِ وَبِالإِحلال يَنجُو مِن العَدُوِّ لا مِن المَرَضِ.

وَلنَا أَنَّ آيَةَ الإِحصَارِ وَرَدَت فِي الإِحصَارِ بِالمَرَضِ بِإِجمَاعِ أَهل اللُّغَةِ فَإِنَّهُم قَالُوا: الإِحصَارُ بِالمَرَضِ وَالحَصرُ بِالعَدُوِّ وَالتَّحَلُّلُ قَبل أَوَانِهِ لدَفعِ الحَرَجِ الآتِي مِن قِبَل امتِدَادِ الإِحرَامِ، وَالحَرَجُ فِي الاصطِبَارِ عَليهِ مَعَ المَرَضِ أَعظَمُ، وَإِذَا جَازَ لهُ التَّحَلُّلُ (يُقَالُ لهُ ابعَث شَاةً تُذبَحُ فِي الحَرَمِ وَوَاعِد مَن تَبعَثُهُ بِيَومٍ بِعَينِهِ يَذبَحُ فِيهِ ثُمَّ تَحَلَّل) وَإِنَّمَا يَبعَثُ إلى الحَرَمِ؛ لأَنَّ دَمَ الإِحصَارِ قُربَةٌ، وَالإِرَاقَةُ لم تُعرَف قُربَةً إلا فِي زَمَانٍ أَو مَكَان عَلى مَا مَرَّ فَلا يَقَعُ قُربَةً دُونَهُ فَلا يَقَعُ بِهِ التَّحَلُّلُ، وَإِليهِ الإِشَارَةُ بِقَولهِ تَعَالى: ﴿ وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡهَدۡيُ مَحِلَّهُۥ ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَإِنَّ الهَدي اسمٌ لمَا يُهدَى إلى الحَرَمِ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَتَوَقَّتُ بِهِ؛ لأَنَّهُ شُرِعَ رُخصَةً وَالتَّوقِيتُ يُبطِلُ التَّخفِيفَ. قُلنَا: المُرَاعَى أَصلُ التَّخفِيفِ لا نِهَايَتُهُ، وَتَجُوزُ الشَّاةُ؛ لأَنَّ المَنصُوصَ عَليهِ الهَديُ وَالشَّاةُ أَدنَاهُ، وَتُجزِيهِ البَقَرَةُ وَالبَدَنَةُ أَو سُبعُهُمَا كَمَا فِي الضَّحَايَا، وَليسَ المُرَادُ بِمَا ذَكَرنَا بَعثَ الشَّاةِ بِعَينِهَا؛ لأَنَّ ذَلكَ قَد يَتَعَذَّرُ، بَل لهُ أَن يَبعَثَ بِالقِيمَةِ حَتَّى تُشتَرَى الشَّاةُ هُنَالكَ وَتُذبَحَ عَنهُ.

وَقَولُهُ ثُمَّ تَحَلَّل إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ ليسَ عَليهِ الحَلقُ أَو التَّقصِيرُ، وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: عَليهِ ذَلكَ، وَلو لم يَفعَل لا شَيءَ عَليهِ «لأَنَّهُ ﷺ حَلقَ عَامَ الحُدَيبِيَةِ، وَكَانَ مُحصَرًا بِهَا وَأَمَرَ أَصحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم بِذَلك»(١). وَلهُمَا أَنَّ الحَلقَ إنَّمَا عُرِفَ قُربَةً مُرَتَّبًا عَلى أَفعَال الحَجِّ فَلا يَكُونُ نُسُكًا قَبلهَا وَفِعل النَّبِيُّ ﷺ وَأَصحَابُهُ ليُعرَفَ استِحكَامَ عَزِيمَتِهِم عَلى الانصِرَافِ.

(وَإِن كَانَ قَارِنًا بَعَثَ بِدَمَينِ) لاحتِيَاجِهِ إلى التَّحَلُّل مِن إحرَامَينِ، فَإِن بَعَثَ بِهَديٍ وَاحِدٍ ليَتَحَلَّل عَن الحَجِّ وَيَبقَى فِي إحرَامِ العُمرَةِ لم يَتَحَلَّل عَن وَاحِدٍ مِنهُمَا؛ لأَنَّ التَّحَلُّل مِنهُمَا شُرِعَ فِي حَالةٍ وَاحِدَةٍ.

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٠١، ٤٢٥٢). وانظر نصب الراية (٣/١٨١).

الشرح:

(**بَابُ الإحصَارِ**): لَمَّا كَانَ مِنْ الإِحْصَارِ مَا هُوَ جِنَايَةٌ عَلى المُحْرِمِ أَعْقَبَهُ بَابَ الجِنَايَاتِ بِبَابٍ عَلَى حِدَةٍ، تَقُولُ العَرَبُ: أُحْصِرَ إِذَا **مَنَعَهُ خَوْفٌ أَوْ عَدُوٌّ أَوْ مَرَضٌ مِنْ الوُصُولِ إِلى إِتْمَامِ حَجَّتِهِ أَوْ عُمْرَتِهِ**، وَإِذَا حَبَسَهُ سُلطَانٌ أَوْ قَاهِرٌ مَانِعٌ يَقُولُونَ حُصِرَ، فَالمُحْصَرُ مُحْرِمٌ مَمْنُوعٌ عَنْ المُضِيِّ إِلى إِتْمَامِ أَفْعَالِ مَا أَحْرَمَ لأَجْلِهِ.

(فَإِذَا أُحْصِرَ بِعَدُوٍّ أَوْ مَرَضٍ فَمُنِعَ مِنْ المُضِيِّ جَازَ لهُ التَّحَلُّلُ) وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حُصِرَ الإِحْصَارُ فِي العَدُوِّ وَقَال: المَرِيضُ لَيْسَ لهُ أَنْ يَتَحَلَّل إلا أَنْ يَكُونَ شَرَطَ ذَلكَ عِنْدَ إِحْرَامِهِ، وَلكِنَّهُ يَصِيرُ إِلى أَنْ يَبْرَأَ (لأَنَّ التَّحَلُّل بِالهَدْيِ شُرِعَ فِي حَقِّ المُحْصَرِ لِتَحْصِيلِ النَّجَاةِ) بِالإِحْلالِ وَالنَّجَاةُ بِالإِحْلالِ لا تَكُونُ إلا مِنْ العَدُوِّ وَلأَنَّ مَا بِهِ مِنْ المَرَضِ لا يَزُولُ بِالتَّحَلُّلِ، بِخِلافِ المُحْصَرِ بِالعَدُوِّ فَإِنَّ مَا أُبْتُلِيَ بِهِ يَزُولُ بِالتَّحَلُّلِ لأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلى أَهْلِهِ فَيَنْدَفِعُ عَنْهُ شَرُّ عَدُوِّهِ.

(وَلنَا أَنَّ آيَةَ الإِحْصَارِ وَرَدَتْ فِي الإِحْصَارِ بِالمَرَضِ بِإِجْمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا: الإِحْصَارُ بِالمَرَضِ وَالحَصْرُ بِالعَدُوِّ) وَإِذَا وَرَدَتْ فِيهِ كَانَتْ دَلالتُهُ عَلى الإِحْصَارِ بِالمَرَضِ أَقْوَى، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

الأَوَّلُ: كَانَ مِنْ حَقِّ الكَلامِ أَنْ يَقُول بِإِجْمَاعِ أَهْلِ التَّفْسِيرِ لأَنَّ أَهْل اللُّغَةِ لا تَعَلُّقَ لهُمْ بِوُرُودِ الآيَةِ وَسَبَبِ نُزُولهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا نَزَلتْ فِي رَسُول اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَكَانَ الإِحْصَارُ بِالعَدُوِّ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ مَعْنَاهُ بِدَلالةِ إِجْمَاعِ أَهْلِ اللُّغَةِ أَجْمَعُوا عَلى مَعْنًى دَلَّ ذَلكَ المَعْنَى أَنْ تَكُونَ الآيَةُ وَارِدَةً فِي الإِحْصَارِ بِمَرَضٍ. وَعَنْ الثَّانِي بِمَا قِيل النُّصُوصُ الوَارِدَةُ مُطْلقَةٌ يُعْمَلُ بِهَا عَلى إِطْلاقِهَا مِنْ غَيْرِ حَمْلٍ عَلى الأَسْبَابِ الوَارِدَةِ هِيَ لأَجْلهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالتَّحَلُّلُ قَبْل أَوَانِهِ) اسْتِدْلالٌ بِمَعْقُولٍ فِيهِ شَائِبَةُ التَّنَزُّل كَأَنَّهُ قَال: سَلَّمْنَا أَنَّ آيَةَ الإِحْصَارِ وَرَدَتْ فِي الحَصْرِ بِالعَدُوِّ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ الإِحْصَارِ وَالحَصْرِ، لكِنَّ المَرَضَ مُلحَقٌ بِهِ بِالدَّلالةِ؛ لأَنَّ التَّحَلُّل قَبْل أَوَانِهِ (لدَفْعِ الحَرَجِ الآتِي مِنْ قِبَل امْتِدَادِ الإِحْرَامِ وَالحَرَجُ فِي الاصْطِبَارِ عَلى الإِحْرَامِ مَعَ المَرَضِ أَعْظَمُ) لا مَحَالةَ لكَثْرَةِ احْتِيَاجِهِ مُدَاوَاةَ

وَمُدَارَاةً إلى مَا هُوَ جِنَايَةٌ عَلى الإِحْرَامِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا جَازَ التَّحَلُّلُ) يَعْنِي إذَا ثَبَتَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الدَّلِيل جَوَازُ التَّحَلُّل لِلمُحْصَرِ (يُقَالُ لهُ ابْعَثْ شَاةً تُذْبَحُ فِي الحَرَمِ وَوَاعِدْ مَنْ تَبْعَثُهُ بِيَوْمٍ بِعَيْنِه يُذْبَحُ فيه ثُمَّ تَحَلَّل) وَهَذَا عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأَنَّ دَمَ الإِحْصَارِ عِنْدَهُ غَيْرُ مُؤَقَّت فَيَحْتَاجُ إلى المُوَاعَدَة لِيُعْرَفَ وَقْتُ الإحْلال، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَدَمُ الإِحْصَارِ فِي الحَجِّ مُوَقَّتٌ بِيَوْمِ النَّحْرِ فَلا حَاجَةَ إلى المُوَاعَدَة فيه، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إليْهَا فِي العُمْرَة.

فَإِذَا بَعَثَ فَهُوَ بالخيَار إنْ شَاءَ أَقَامَ بمَكَانه وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ لأَنَّهُ لَمَّا صَارَ مَمْنُوعًا مِنْ الذَّهَابِ يُخَيَّرُ بَيْنَ المَقَامِ وَالانْصِرَاف. قَال فِي النِّهَايَة: إنَّمَا قُيِّدَ بقَوْله يُذْبَحُ فيه ثُمَّ يَتَحَلَّلُ لأَنَّهُ إذَا ظَنَّ المُحْصَرُ به ذَبْحَ هَدْيِه فَفَعَل مَا يَفْعَلُ الحَلالُ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَذْبَحْ كَانَ عَلَيْه مَا عَلى الَّذي ارْتَكَبَ مَحْظُورَات الإِحْرَامِ لبَقَاء إحْرَامه، كَذَا ذَكَرَهُ الإِمَامُ قَاضي خَانْ رَحمَهُ اللَّهُ (وَإِنَّمَا يَبْعَثُ إلى الحَرَمِ؛ لأَنَّ دَمَ الإِحْصَارِ قُرْبَةٌ وَالإِرَاقَةُ لَمْ تُعْرَفْ قُرْبَةً إلا فِي زَمَان أَوْ مَكَان عَلى مَا مَرَّ) فَدَمُ الإِحْصَارِ لا يُعْرَفُ قُرْبَةً بدُون أَحَد هَذَيْنِ فَلا يَقَعُ به التَّحَلُّلُ) وَقَدْ عَيَّنَ الشَّارِعُ المَكَانَ بإشَارَة.

(قَوْلُهُ ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَإِنَّ الهَدْيَ اسْمٌ لَمَا يُهْدَى إلى الحَرَمِ) وَالمَحِلُّ بالكَسْرِ عبَارَةٌ عَنْ المَكَان كَالمَسْجد وَالمَجْلس، نَهْيٌ عَنْ الحَلق حَتَّى يَبْلُغَ الهَدْيُ مَوْضعَ حلِّه، ثُمَّ فُسِّرَ المَحِلُّ بقَوْله ثُمَّ مَحِلُّهَا إلى البَيْت العَتيقِ وَلَيْسَ المُرَادُ عَيْنَ البَيْتِ لأَنَّهُ لا تُرَاقُ فيه الدِّمَاءُ فَكَانَ المُرَادُ به الحَرَمَ، وَهَذَا وَاضحٌ.

(وَقَال الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللَّهُ: لا يَتَوَقَّتُ بالحَرَم لأَنَّهُ شُرِعَ رُخْصَةً وَالتَّوْقيتُ يُبْطلُ التَّخْفيفَ. قُلنَا: المُرَاعَى أَصْلُ التَّخْفيف لا نهَايَتُهُ) وَلهَذَا لَمْ يَسْتَحقَّ التَّخْفيفَ مَتَى لَمْ يَجدْ الهَدْيَ بَل يَبْقَى مُحْرِمًا أَبدًا،؛ وَلأَنَّ نهَايَتَهُ لوْ كَانَتْ مُرَاعَاةً لتَحَلَّل فِي الحَال كَمَا قَال مَالكٌ رَحمَهُ اللَّهُ وَليْسَ كَذَلكَ باتِّفَاق بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ. وَقَوْلُهُ (وَتَجُوزُ الشَّاةُ) ظَاهرٌ، وَذُكرَ فِي المُحيط أَنَّهُ إذَا كَانَ مُعْسرًا لا يَجدُ قيمَةَ شَاة أَقَامَ حَرَامًا حَتَّى يَطُوفَ وَيَسْعَى كَمَا يَفْعَلُهُ فَائتُ الحَجِّ.

وَقَوْلُهُ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْه ذَلكَ) أَيْ الحَلقُ (وَلوْ لَمْ يَفْعَل لا شَيْءَ عَلَيْه «لأَنَّ

النَّبِيَّ ﷺ حلقَ عَامَ الحُدَيْبِيَة وَكَانَ مُحْصَرًا بِهَا وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ بِذَلِكَ» فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ الدَّلِيلِ يَدُلُّ عَلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ ذَلِكَ لِمَا أَنَّ مُجَرَّدَ فِعْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي الَّذِي لا يُفعَلُ قُرْبَةً دَلِيلُ الوُجُوبِ فَكَيْفَ إِذَا أَمَرَ غَيْرَهُ بِذَلِكَ، وَحِينَئِذٍ لا يَكُونُ دَلِيلا عَلَى قَوْلِهِ وَلَوْ لَمْ يَفعَل لا شَيْءَ عَلَيْهِ فَأَيْنَ دَلِيلُهُ؟.

أُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهَا رِوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ يَجُوزُ، وَفِي أُخْرَى وَاجِبٌ. وَالمُصَنِّفُ أَوْرَدَ دَلِيلَ رِوَايَةِ الوُجُوبِ وَلَمْ يُورِدْ دَلِيلَ الرِّوَايَةِ الأُخْرَى؛ لأَنَّ دَلِيلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَصْلُحُ دَلِيلا لَهَا. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّ الحَلقَ إِنَّمَا عُرِفَ قُرْبَةً) يَعْنِي أَنَّ كَوْنَ الحَلقِ قُرْبَةً عُرِفَ بِالنَّصِّ، بِخِلافِ القِيَاسِ فَيُرَاعَى فِيهِ جَمِيعُ مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ مِنْ الأَوْصَافِ وَمِنْ جُمْلَتِهَا كَوْنُهُ (مُرَتَّبًا عَلَى أَفْعَالِ الحَجِّ) فَلا يَكُونُ فِي غَيْرِ المُرَتَّبِ قُرْبَةً، وَأَمَّا حَلقُ النَّبِيِّ ﷺ وَأَصْحَابِهِ فَلِيَعْرِفَ المُشْرِكُونَ اسْتِحْكَامَ عَزِيمَةِ المُؤْمِنِينَ عَلَى الانْصِرَافِ فَيَأْمَنُوا جَانِبَهُمْ وَلا يَشْتَغِلُوا بِمَكِيدَةٍ أُخْرَى بَعْدَ الصُّلحِ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ) المُحْصَرُ (قَارِنًا بَعَثَ بِدَمَيْنِ لاحْتِيَاجِهِ إِلَى التَّحَلُّلِ عَنْ إِحْرَامَيْهِ، فَإِنْ بَعَثَ بِهَدْيٍ وَاحِدٍ لِيَتَحَلَّلَ عَنْ الحَجِّ وَيَبْقَى فِي إِحْرَامِ العُمْرَةِ لَمْ يَتَحَلَّلْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لأَنَّ التَّحَلُّلَ مِنْهُمَا شُرِعَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ) لِمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ «خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ فَأَهْلَلنَا بِعُمْرَةٍ.

ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: **مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ فَلْيُهْلِل بِالحَجِّ مَعَ العُمْرَةِ ثُمَّ لا يَحِلُّ حَتَّى يَحِلَّ مِنْهُمَا جَمِيعًا**» وَبِالهَدْيِ الوَاحِدِ لا يَتَحَلَّلُ مِنْهُمَا فَلا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَتَحَلَّلَ أَصْلا.

فَإِنْ قِيلَ: دَمُ الإِحْصَارِ قَائِمٌ مَقَامَ الحَلقِ فِي التَّحَلُّلِ وَالقَارِنُ يَتَحَلَّلُ بِحَلقٍ وَاحِدٍ عَنْ الإِحْرَامَيْنِ فَمَا بَالُهُ لا يَتَحَلَّلُ عَنْهُمَا بِهَدْيٍ وَاحِدٍ؟ أُجِيبَ بِجَوَابَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الحَلقَ فِي الأَصْلِ مَحْظُورُ الإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا صَارَ قُرْبَةً بِسَبَبِ التَّحَلُّلِ فَكَانَ قُرْبَةً لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ كَالوُضُوءِ لِلصَّلاةِ فَيَنُوبُ الوَاحِدُ عَنْ الاثْنَيْنِ كَالطَّهَارَةِ الوَاحِدَةِ تَكْفِي لِصَلَوَاتٍ كَثِيرَةٍ. وَأَمَّا الهَدْيُ فَإِنَّهُ شُرِعَ لِلتَّحَلُّلِ إِلا أَنَّهُ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِدُونِ التَّحَلُّلِ وَلِهَذَا جَازَ النَّذْرُ بِهِ، وَمَا هُوَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِنَفْسِهِ لا يَنُوبُ الوَاحِدُ فِيهِ عَنْ الاثْنَيْنِ كَأَفْعَالِ الصَّلاةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الحلقَ مَحْظُورُ الإِحْرَامِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ قُرْبَةً بِسَبَبِ التَّحَلُّلِ. فَإِنْ تَكَرَّرَ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ التَّحَلُّلُ وَاقِعًا بِالأَوَّلِ أَوْ بِالثَّانِي، فَإِنْ وَقَعَ بِالأَوَّلِ كَانَ الثَّانِي لغْوًا، وَإِنْ وَقَعَ بِالثَّانِي كَانَ الأَوَّلُ جِنَايَةً، فَأَمَّا الذَّبْحُ فَلَيْسَ بِمَحْظُورِ الإِحْرَامِ فَصَحَّ الجَمْعُ.

(وَلا يَجُوزُ ذَبحُ دَمِ الإِحصَارِ إلا فِي الحَرَمِ، وَيَجُوزُ ذَبحُهُ قَبل يَومِ النَّحرِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالا: لا يَجُوزُ الذَّبحُ لِلمُحصَرِ بِالحَجِّ إلا فِي يَومِ النَّحرِ، وَيَجُوزُ لِلمُحصَرِ بِالعُمرَةِ مَتَى شَاءَ) اعتِبَارًا بِهَديِ المُتعَةِ وَالقِرَانِ، وَرُبَّمَا يَعتَبِرَانِهِ بِالحَلقِ إذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُحَلِّلٌ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ دَمُ كَفَّارَةٍ حَتَّى لا يَجُوزَ الأَكلُ مِنهُ فَيَختَصُّ بِالمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ كَسَائِرِ دِمَاءِ الكَفَّارَاتِ، بِخِلافِ دَمِ المُتعَةِ وَالقِرَانِ؛ لأَنَّهُ دَمُ نُسُكٍ، وَبِخِلافِ الحَلقِ؛ لأَنَّهُ فِي أَوَانِهِ؛ لأَنَّ مُعظَمَ أَفعَالِ الحَجِّ وَهُوَ الوُقُوفُ يَنتَهِي بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ ذَبْحُ دَمِ الإِحْصَارِ إلا فِي الحَرَمِ) إنَّمَا أَعَادَ هَذِهِ المَسْأَلَةَ لِيَجْعَلَهَا تَوْطِئَةً لِقَوْلِهِ وَيَجُوزُ ذَبْحُهُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ زِيَادَةً فِي بَيَانِ أَنَّ دَمَ الإِحْصَارِ أَعْرَفُ فِي اخْتِصَاصِهِ بِالمَكَانِ حَيْثُ لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ أَصْحَابُنَا مِنْ اخْتِصَاصِهِ بِالزَّمَانِ لأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِهَدْيِ المُتْعَةِ وَالقِرَانِ) تَعْلِيلُ عَدَمِ جَوَازِ الذَّبْحِ لِلْمُحْصَرِ بِالحَجِّ إلا فِي يَوْمِ النَّحْرِ وَأَمَّا قَوْلُهُ (وَيَجُوزُ لِلْمُحْصَرِ بِالعُمْرَةِ مَتَى شَاءَ) فَبِالاتِّفَاقِ فَلا يَحْتَاجُ إلى تَعْلِيلٍ.

(وَرُبَّمَا يَعْتَبِرَانِهِ بِالحَلقِ إذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحَلِّلٌ) فَكَمَا لَمْ يَجُزْ الحَلقُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ فَكَذَلِكَ الذَّبْحُ. وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ دَمِ المُتْعَةِ وَالقِرَانِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِمَا صُورَةَ النِّزَاعِ بِهِمَا (لأَنَّهُ) أَيْ دَمَ المُتْعَةِ وَالقِرَانِ (دَمُ نُسُكٍ) وَمَا هُوَ دَمُ نُسُكٍ يَخْتَصُّ بِالزَّمَانِ فَكَذَا هَذَا.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ الحَلقِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِمَا الآخَرِ. وَبَيَانُهُ أَنَّ التَّحَلُّلَ عَلَى نَوْعَيْنِ: تَحَلُّلٌ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ الَّذِي يَتَرَتَّبُ عَلَى أَفْعَالِ مَا أَحْرَمَ لأَجْلِهِ، وَتَحَلُّلٌ قَبْلَ أَوَانِهِ وَهُوَ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَالأَوَّلُ لا بُدَّ لَهُ مِنْ التَّوْقِيتِ بِيَوْمِ النَّحْرِ؛ لأَنَّ الرُّكْنَ الأَصْلِيَّ هُوَ الوُقُوفُ بِعَرَفَةَ (وَهُوَ يَنْتَهِي بِهِ) أَيْ بِوَقْتِ الحَلقِ؛ لأَنَّ وَقْتَهُ يَمْتَدُّ إلى طُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ فَلا بُدَّ أَنْ يَقَعَ الحَلقُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ.

وَأَمَّا الثَّاني فَإِنَّهُ لا يَتَوَقَّفُ عَلى أَدَاءِ الأَفْعَال فَيَجُوزُ تَقْدِيمُهَا لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ الدَّاعِيَةِ إلى التَّوْقِيتِ بِيَوْمِ النَّحْرِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ الثَّاني فَكَانَ قِيَاسُهُ عَلى الأَوَّلِ قِيَاسًا مَعَ وُجُودِ الفَارِقِ وَهُوَ بَاطِلٌ. قَال صَاحِبُ الأَسْرَارِ: قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ [البقرة: ١٩٦] مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ زَمَان، فَاشْتِرَاطُهُ بِالقِيَاسِ نَسْخٌ.

قَال: (وَالمُحصَرُ بِالحَجِّ إذَا تَحَلَّل فَعَلَيهِ حَجَّةٌ وَعُمرَةٌ) هَكَذَا رُوِيَ عَن ابنِ عَبَّاسٍ وَابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَلأَنَّ الحَجَّةَ يَجِبُ قَضَاؤُهَا لِصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا وَالعُمرَةُ لِمَا أَنَّهُ فِي مَعنَى فَائِتِ الحَجِّ (وَعَلى المُحصَرِ بِالعُمرَةِ القَضَاءُ) وَالإِحصَارُ عَنهَا يَتَحَقَّقُ عِندَنَا.

وَقَال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَتَحَقَّقُ؛ لأَنَّهَا لا تَتَوَقَّتُ. وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَأَصحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أُحصِرُوا بِالحُدَيبِيَةِ وَكَانُوا عُمَّارًا؛ وَلأَنَّ شَرعَ التَّحَلُّل لِدَفعِ الحَرَجِ وَهَذَا مَوجُودٌ فِي إحرَامِ العُمرَةِ، وَإِذَا تَحَقَّقَ الإِحصَارُ فَعَلَيهِ القَضَاءُ إذَا تَحَلَّل كَمَا فِي الحَجِّ.

الشرح:

قَال (وَالمُحْصَرُ بِالحَجِّ إِذَا تَحَلَّل فَعَلَيْهِ حَجَّةٌ وَعُمْرَةٌ هَكَذَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) قَالا: قَال رَسُولُ اللَّه ﷺ: «**مَنْ فَاتَهُ عَرَفَةُ بِلَيْلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الحَجُّ فَلْيُحْلل بِعُمْرَةٍ وَعَلَيْه الحَجُّ مِنْ قَابِلٍ**»[1] وَالحَدِيثُ عَامٌّ فِي الَّذي فَاتَهُ الحَجُّ بِفَوَاتِ وَقْتِ الوُقُوفِ وَفَوَاتُهُ بِالإِحْصَارِ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ فَاتَهُ عَرَفَةُ فَقُلْنَا بِوُجُوبِ العُمْرَةِ، وَأَمَّا الحَجَّةُ فَإِنَّهَا تَجِبُ قَضَاءً لِصِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا.

فَإِنْ قِيل: العُمْرَةُ فِي فَائِتِ الحَجِّ لِلتَّحَلُّل، وَالتَّحَلُّلُ هَهُنَا حَصَل بِالهَدْيِ فَلا حَاجَةَ إلى إِيجَابِ العُمْرَةِ. قُلنَا: هَذَا رَأْيٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ لِمَا رَوَى سَالِمٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ «أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: حَسْبُكُمْ سُنَّةُ رَسُول اللَّه ﷺ إنْ حُبِسَ أَحَدُكُمْ عَنْ البَيْتِ طَافَ بِالبَيْتِ وَبِالصَّفَا وَالمَرْوَةِ ثُمَّ حَلَّ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى يَحُجَّ عَامًا قَابِلا».

وَقَوْلُهُ (وَعَلى المُحْصَرِ بِالعُمْرَةِ القَضَاءُ) يَدُلُّ عَلى أَنَّ الإِحْصَارَ عَنْ العُمْرَةِ مُتَصَوَّرٌ. وَقَال مَالِكٌ: هُوَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فِي العُمْرَةِ (لأَنَّهَا لا تَتَوَقَّتُ. وَلَنَا أَنَّ النَّبيَّ ﷺ وَأَصْحَابَهُ رِضْوَانُ اللَّه عَلَيْهِمْ أُحْصِرُوا بِالحُدَيْبِيَةِ وَكَانُوا عُمَّارًا) صَحَّ فِي كُتُبِ الحَدِيثِ

(١) سبق تخريجه.

أَنَّ رَسُول اللَّه ﷺ وَأَصْحَابُهُ أُحْصِرُوا بِالعُمْرَة بِالحُدَيْبِيَة فَقَضَوْهَا مِنْ قَابِلٍ وَكَانَتْ تُسَمَّى عُمْرَةَ القَضَاءِ (؛ وَلأَنَّ التَّحَلُّل مَشْرُوعٌ لِدَفْعِ الحَرَجِ وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي إِحْرَامِ العُمْرَةِ، وَإِذَا تَحَقَّقَ الإِحْصَارُ فَعَلَيْه القَضَاءُ إِذَا تَحَلَّل كَمَا فِي الحَجِّ).

(وَعلى القَارِنِ حَجَّةٌ وَعُمرَتَانِ) أمَّا الحجُّ وإِحداهُمَا فلمَا بيَّنَّا، وَأمَّا الثَّانيَةُ فلأَنَّهُ مُخرَجٌ مِنهَا بَعدَ صِحَّةِ الشُّرُوعِ فِيهَا.

الشرح:

(وَعَلى القَارِنِ حَجَّةٌ وَعُمْرَتَان أَمَّا الحَجُّ وَإِحْدَاهُمَا فَلمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي المُفْرِدِ مِنْ كَوْنِه بِمَعْنَى فَائِتِ الحَجِّ (وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلأَنَّهُ خَرَجَ مِنْهَا بَعْدَ صِحَّة الشُّرُوعِ فِيهَا).

(فَإِن بَعَثَ القَارِنُ هَديًا وَوَاعَدَهُم أَن يَذبَحُوهُ فِي يَومٍ بِعَينِهِ ثُمَّ زَال الإِحصَارُ، فَإِن كَانَ لا يُدرِكُ الحَجَّ وَالهَديَ لا يَلزَمُهُ أَن يَتَوَجَّهَ بَل يَصبِرَ حَتَّى يَتَحَلَّل بِنَحرِ الهَدي) لِفَوَاتِ المَقصُودِ مِن التَّوَجُّهِ وَهُوَ أَدَاءُ الأَفعَال، وَإِن تَوَجَّهَ لِيَتَحَلَّل بِأَفعَال العُمرَةِ لهُ ذَلك؛ لأَنَّهُ فَائِتُ الحَجِّ (وَإِن كَانَ يُدرِكُ الحَجَّ وَالهَديَ لزِمَهُ التَّوَجُّهُ) لِزَوَال العَجزِ قَبل حُصُول المَقصُودِ بِالخَلَفِ، وَإِذَا أَدرَكَ هَديَهُ صَنَعَ بِهِ مَا شَاءَ؛ لأَنَّهُ مِلكُهُ وَقَد كَانَ عَيَّنَهُ لِمَقصُودٍ استَغنَى عَنهُ.

(وَإِن كَانَ يُدرِكُ الهَديَ دُونَ الحَجِّ يَتَحَلَّلُ) لِعَجزِهِ عَن الأَصل (وَإِن كَانَ يُدرِكُ الحَجَّ دُونَ الهَدي جَازَ لهُ التَّحَلُّلُ) استِحسَانًا، وَهَذَا التَّقسِيمُ لا يَستَقِيمُ عَلى قَولهِمَا فِي المُحصَرِ بِالحَجِّ؛ لأَنَّ دَمَ الإِحصَارِ عِندَهُمَا يَتَوَقَّتُ بِيَومِ النَّحرِ، فَمَن يُدرِكُ الحَجَّ يُدرِكُ الهَديَ، وَإِنَّمَا يَستَقِيمُ عَلى قَول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي المُحصَرِ بِالعُمرَةِ يَستَقِيمُ بِالاتِّفَاقِ؛ لِعَدَمِ تَوَقُّتِ الدَّمِ بِيَومِ النَّحرِ.

وَجهُ القِيَاسِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَدَرَ عَلى الأَصل وَهُوَ الحَجُّ قَبل حُصُول المَقصُودِ بِالبَدَل، وَهُوَ الهَديُ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّا لو أَلزَمنَاهُ التَّوَجُّهُ لضَاعَ مَالُهُ؛ لأَنَّ المَبعُوثَ عَلى يَدَيهِ الهَديُ يَذبَحُهُ وَلا يَحصُلُ مَقصُودُهُ، وَحُرمَةُ المَال كَحُرمَةِ النَّفسِ، وَلهُ الخِيَارُ إِن شَاءَ صَبَرَ فِي ذَلكَ المَكَانِ أَو فِي غَيرِهِ؛ لِيُذبَحَ عَنهُ فَيَتَحَلَّلُ، وَإِن شَاءَ تَوَجَّهَ لِيُؤَدِّيَ النُّسُكَ الَّذِي التَزَمَهُ بِالإِحرَامِ وَهُوَ أَفضَلُ؛ لأَنَّهُ أَقرَبُ إِلى الوَفَاءِ بِمَا وَعَدَ (وَمَن وَقَفَ بِعَرَفَةَ ثُمَّ أُحصِرَ لا يَكُونُ مُحصَرًا) لِوُقُوعِ الأَمنِ عَن الفَوَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**فَإِنْ بَعَثَ القَارِنُ هَدْيًا**) قَال صَاحِبُ «النِّهَايَة»: ذِكْرُ القَارِنِ هَهُنَا وَقَعَ غَلطًا ظَاهِرًا مِنْ النَّاسِخِ، فَالصَّوَابُ أَنْ يُقَال: فَإِنْ بَعَثَ المُحْصَرُ. وَبَيَانُ الغَلط مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ ذَكَرَ فَإِنْ بَعَثَ القَارِنُ هَدْيًا وَيَجِبُ عَلى القَارِنِ بَعْثُ الهَدْيَيْنِ فَإِنَّهُ لا يَتَحَلَّلُ بِالوَاحِدِ لأَنَّهُ ذُكِرَ قَبْل هَذَا فِي هَذَا البَابِ، فَإِنْ كَانَ قَارِنًا بَعَثَ بِدَمَيْنِ، وَالثَّانِي أَنَّ المُصَنِّفَ جَمَعَ بَيْنَ رِوَايَتَيْ القُدُورِيِّ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهَذِهِ المَسْأَلةُ مَذْكُورَةٌ فِي هَذَيْنِ الكِتَابَيْنِ فِي حَقِّ المُحْصَرِ بِالحَجِّ.

وَأَقُولُ: لَمَّا كَانَ كَلامُ المُصَنِّفِ قَبْل هَذَا فِي القَارِنِ لَمْ يُرِدْ فَكَّ النَّظْمِ فَقَال: فَإِنْ بَعَثَ القَارِنُ هَدْيًا، وَالهَدْيُ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إلى الحَرَمِ سَوَاءٌ كَانَ ذَلكَ دَمَيْنِ أَوْ دَمًا وَاحِدًا أَوْ ثَوْبًا، وَكَانَ ذَكَرَ أَنَّ الوَاجِبَ عَليْهِ دَمَان وَهُمَا هَدْيُ القَارِنِ، فَكَأَنَّهُ قَال: فَإِنْ بَعَثَ القَارِنُ دَمَيْنِ فَلا مُنَافَاةَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ، وَلا هُوَ غَلطٌ فِي الكَلامِ وَلا مَنْ نَسَخَهُ، بَل رُبَّمَا لوْ قَال: فَإِنْ بَعَثَ المُحْصَرُ كَانَ مُلبِّسًا فِي حَقِّ القَارِنِ.

وَلوْ قَال هَدْيَيْنِ كَانَ غَيْرَ فَصِيحٍ لأَنَّهُ اسْمٌ لِجِنْسِ مَا يُهْدَى فَلا يُثَنَّى إلا إذَا قَصَدَ الأَنْوَاعَ وَليْسَ بِمَقْصُودٍ أَوْ العَدَدَ، وَذَلكَ مَعْلُومٌ مِمَّا تَقَدَّمَ فَلِهَذَا قَال: فَإِنْ بَعَثَ القَارِنُ هَدْيًا (وَوَاعَدَهُمْ أَنْ يَذْبَحُوهُ فِي يَوْمٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ زَال الإِحْصَارُ) ثُمَّ إنَّ هَهُنَا وُجُوهًا أَرْبَعَةً بِحَسَبِ القِسْمَةِ العَقْليَّة، لأَنَّهُ إمَّا أَنْ لا يُدْرِكَ الحَجَّ وَالهَدْيَ أَوْ يُدْرِكَهُمَا أَوْ يُدْرِكَ الهَدْيَ دُونَ الحَجِّ أَوْ بِالعَكْسِ، وَالكُلُّ مَذْكُورٌ فِي الكِتَابِ.

فَفِي الوَجْهِ الأَوَّل (لا يَلزَمُهُ أَنْ يَتَوَجَّهَ بَل يَصِيرُ حَتَّى يَحِلَّ بِنَحْرِ الهَدْيِ لِفَوَاتِ المَقْصُودِ مِنْ التَّوَجُّهِ وَهُوَ أَدَاءُ الأَفْعَال، وَإِنْ تَوَجَّهَ لِيَتَحَلَّل بِأَفْعَال العُمْرَةِ فَلهُ ذَلكَ لأَنَّهُ فَائِتُ الحَجِّ) فَإِنْ قِيل: إذَا كَانَ فِي مَعْنَى فَائِتِ الحَجِّ وَجَبَ أَنْ يُؤْمَرَ بِالتَّوَجُّهِ وَالتَّحَلُّل بِالطَّوَافِ وَالسَّعْيِ حَتْمًا كَفَائِتِ الحَجِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الطَّوَافَ وَالسَّعْيَ فِي حَقِّ فَائِتِ الحَجِّ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِعَيْنِهِ، وَلكِنَّ المَقْصُودَ هُوَ التَّحَلُّلُ، وَهَذَا المَقْصُودُ يَحْصُلُ لهُ بِالهَدْيِ الَّذِي بَعَثَهُ لِيُنْحَرَ عَنْهُ، فَلهُ أَنْ يَقْتَصِرَ بِذَلكَ ثُمَّ يَقْضِيَ العُمْرَةَ، وَلهُ أَنْ يَتَوَجَّهَ لِئَلا يَلزَمَهُ قَضَاءُ العُمْرَةِ.

وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي يَلزَمُهُ التَّوَجُّهُ (لِزَوَال العَجْزِ قَبْل حُصُول المَقْصُودِ بِالخَلفِ)

كَالْمُكَفِّرِ بِالصَّوْمِ إذَا أَيْسَرَ قَبْلَ إتْمَامِ الكَفَّارَةِ بِهِ (وَإِذَا أَدْرَكَ هَدْيَهُ صَنَعَ بِهِ مَا شَاءَ لأَنَّهُ مِلْكُهُ وَقَدْ كَانَ عَيَّنَهُ لِمَقْصُودٍ اسْتَغْنَى عَنْهُ) وَفِي الوَجْهِ الثَّالِث يَتَحَلَّلُ لِعَجْزِهِ عَنْ الأَصْلِ.

وَفِي الوَجْهِ الرَّابِعِ جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ (وَهَذَا التَّقْسِيمُ) يَعْنِي الوَجْهَ الرَّابِعَ (لا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِهِمَا فِي الْمُحْصَرِ بِالحَجِّ) عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَحُرْمَةُ المَال كَحُرْمَةِ النَّفْسِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ خَوْفَ النَّفْسِ كَانَ عُذْرًا لَهُ فِي التَّحَلُّل فَكَذَلِكَ الخَوْفُ عَلى مَاله، لكنَّ الأَفْضَل أَنْ يَتَوَجَّهَ.

فَإِنْ قُلت: هَذَا الَّذي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّ حُرْمَةَ المَال كَحُرْمَةِ النَّفْسِ مُخَالفٌ لِمَا قَالهُ فَخْرُ الإِسْلامِ وَالأُصُوليُّون أَنَّ حُرْمَةَ النَّفْسِ فَوْقَ حُرْمَةِ المَال فَجَازَ أَنْ يَكُونَ وِقَايَةً لِلنَّفْسِ، فَإِذَا أُكْرِهَ بِالقَتْل عَلى إتْلافِ مَال غَيْرِه جَازَ الإِقْدَامُ عَلَيْه. فَالجَوَابُ أَنَّ حُرْمَةَ النَّفْسِ فَوْقَ حُرْمَةِ المَال حَقِيقَةً لأَنَّهُ مَمْلُوكٌ مُبْتَذَلٌ فَأَيْنَ يُمَاثِلُ المَالِكُ المُبْتَذَل، وَلكِنَّ حُرْمَةَ المَال تُشْبِهُ حُرْمَةَ النَّفْسِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُ إتْلافِه ظُلْمًا لِقِيَامِ عِصْمَةِ صَاحِبِه فِيه.

وَإِلى هَذَا أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِكَاف التَّشْبِيه، فَإِنَّ الْمُشَابَهَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ لا تَقْتَضِي اتِّحَادَهُمَا مِنْ جَمِيعِ الجِهَات وَإِلا لارْتَفَعَ التَّشْبِيهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ الخِيَارُ) يَعْنِي عَلى وَجْه الاسْتِحْسَان، لَمَّا جَازَ لَهُ التَّحَلُّلُ كَانَ لَهُ الخِيَارُ (إنْ شَاءَ صَبَرَ) إلى أَنْ يُنْحَرَ عَنْهُ الهَدْيُ فِي المِيعَاد فَيَتَحَلَّل (وَإِنْ شَاءَ تَوَجَّهَ لأَدَاءِ النُّسُك) لِزَوَال العَجْزِ (وَهُوَ أَفْضَلُ لأَنَّهُ أَقْرَبُ إلى الوَفَاءِ بِمَا وَعَدَ، وَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ ثُمَّ أُحْصِرَ لا يَكُونُ مُحْصَرًا)؛ لأَنَّ سَبَبَ حُكْمِ الإِحْصَارِ خَوْفُ الفَوَات.

وَقَدْ وَقَعَ الأَمْنُ عَنْهُ لِقَوْله ﷺ «**مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ**» لكِنَّهُ مُحَرَّمٌ عَنْ النِّسَاءِ حَتَّى يَطُوفَ طَوَافَ الزِّيَارَة. وَعَلَيْه عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَرْبَعَةُ دِمَاءٍ: دَمٌ لِتَرْك الوُقُوف بِالْمُزْدَلفَة، وَدَمٌ لِتَرْكِ رَمْيِ الجِمَار. وَدَمٌ لِتَأْخِير الطَّوَاف. وَدَمٌ لِتَأْخِير الحَلق. وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ عَلَيْه لِتَأْخِير الطَّوَاف وَالحَلق شَيْءٌ. فَإِنْ قِيل: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ ازْدِيَادَ مُدَّة الإِحْرَام يُثْبِتُ حُكْمَ الإِحْصَار كَمَا فِي إحْصَارِ العُمْرَة وَهَهُنَا قَدْ ازْدَادَتْ فَلْيَثْبُتْ حُكْمُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ التَّحَلُّل بِالحَلقِ إلا فِي حَقِّ النِّسَاءِ، وَإِنْ كَانَ يَلزَمُهُ بَعْضُ الدِّمَاءِ فَلا يَتَحَقَّقُ العُذْرُ المُوجِبُ لِلتَّحَلُّل.

(وَمَن أُحصِرَ بِمَكَّةَ وَهُوَ مَمنُوعٌ عَن الطَّوَافِ وَالوُقُوفِ فَهُوَ مُحصَرٌ)؛ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ

عَليهِ الإِتمَامُ فصَارَ كمَا إذَا أحصِرَ فِي الحِلِّ (وَإن قدَرَ على أحَدِهِمَا فليسَ بمُحصَرٍ) أمَّا علَى الطَّوَافِ فلأَنَّ فَائِتَ الحجِّ يتَحلَّلُ بِهِ وَالدَّمُ بَدَلٌ عنهُ فِي التَّحلُّل، وَأمَّا علَى الوُقُوفِ فلمَا بيَّنَّا، وَقد قِيل فِي هَذِهِ المَسأَلَةِ خِلافٌ بَينَ أبِي حَنِيفَةَ وَأبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالى وَالصَّحِيحُ مَا أعلمتُك مِن التَّفصِيل، وَاللَّهُ تعَالى أعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أُحْصِرَ بِمَكَّةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ وَمَنْ **وَقَفَ بِعَرَفَةَ ثُمَّ أُحْصِرَ** لا يَكُونُ مُحْصَرًا).

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قِيل فِي هَذه المَسْأَلة) يَعْنِي قَوْلَهُ وَمَنْ أُحْصِرَ بِمَكَّةَ (خلافٌ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) وَهُوَ مَا ذَكَرَ عَليُّ بْنُ الجَعْدِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَال: سَأَلت أَبَا حَنِيفَةَ عَنْ المُحْرِمِ يُحْصَرُ فِي الحَرَمِ فَقَال: لا يَكُونُ مُحْصَرًا، فَقُلت: أَلَيْسَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُحْصِرَ بِالحُدَيْبِيَة وَهِيَ مِنْ الحَرَمِ؟ فَقَال: إنَّ مَكَّةَ يَوْمئذٍ كَانَتْ دَارَ الحَرْبِ وَأَمَّا اليَوْمُ فَهِيَ دَارُ الإِسْلامِ فَلا يَتَحَقَّقُ الإِحْصَارُ فيهَا.

قَال أَبُو يُوسُفَ: وَأَمَّا أَنَا فَأَقُولُ: إذَا **غَلبَ العَدُوُّ عَلى مَكَّةَ حَتَّى حَالُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ البَيْت** فَهُوَ مُحْصَرٌ. قَال المُصَنِّفُ (وَالصَّحِيحُ) مِنْ الرِّوَايَة أَنَّ المَمْنُوعَ عَنْ الوُقُوف وَالطَّوَاف يَكُونُ مُحْصَرًا بِاتِّفَاقِ أَصْحَابِنَا، وَإِذَا قَدَرَ عَلى أَحَدهِمَا لا يَكُونُ مُحْصَرًا وَهُوَ مَعْنَى قَوْله (مَا أَعْلمْتُك مِنْ التَّفْصِيل) وَاللَّهُ أَعْلمُ.

باب الفوات

(وَمَن أحرَمَ بِالحَجِّ وَفَاتَهُ الوُقُوفُ بِعَرفَةَ حتَّى طَلعَ الفَجرُ مِن يَومِ النَّحرِ فقَد فَاتَهُ الحَجُّ)؛ لمَا ذَكرنَا أنَّ وَقتَ الوُقُوفِ يَمتَدُّ إليهِ (وَعَليهِ أن يَطُوفَ وَيَسعَى وَيَتَحلَّل وَيَقضِيَ الحَجَّ مِن قَابِلٍ وَلا دَمَ عَليهِ)؛ لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن فَاتَهُ عَرفَةُ بلِيلٍ فقَد فَاتَهُ الحَجُّ فلَيَحلل بِعُمرَةٍ وَعَليهِ الحَجُّ مِن قَابِلٍ» وَالعُمرَةُ ليسَت إلا الطَّوَافَ وَالسَّعيَ، وَلأنَّ الإِحرَامَ بَعدَمَا انعقَدَ صَحِيحًا لا طَرِيقَ للخُرُوجِ عَنهُ إلا بِأدَاءِ أحَدِ النُّسُكَينِ كمَا فِي الإِحرَامِ المُبهَم.

وَههُنَا عجَزَ عَن الحَجِّ فتَتَعَيَّنُ عَليهِ العُمرَةُ وَلا دَمَ عَليهِ؛ لأنَّ التَّحلُّل وَقَعَ بأفعَال العُمرَةِ فكَانَت فِي حَقِّ فَائِتِ الحَجِّ بِمَنزِلَةِ الدَّمِ فِي حَقِّ المُحصَرِ فَلا يُجمَعُ بَينَهُمَا.

الشرح:

(**بَابُ الفَوَاتِ**): مَعْنَى الإحْصَارِ مِنْ الفَوَاتِ نَازِلٌ مَنْزِلَةَ المُفْرَدِ مِنْ المُرَكَّبِ؛ لأَنَّ الإحْصَارَ إحْرَامٌ بِلا أَدَاءٍ فِي الفَوَاتِ إحْرَامٌ وَأَدَاءٌ فَلا جَرَمَ آثَرَ تَأْخِيرَهُ. (قَوْلُهُ وَمَنْ أَحْرَمَ بِالحَجِّ وَفَاتَهُ الوُقُوفُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ؛ (وَلأَنَّ الإحْرَامَ بَعْدَمَا انْعَقَدَ صَحِيحًا) أَيْ نَافِذًا لازِمًا لا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ، فَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ **إحْرَامِ الرَّقِيقِ بِغَيْرِ إذْنِ المَوْلَى، وَإِحْرَامُ المَرْأَةِ فِي التَّطَوُّعِ بِغَيْرِ إذْنِ الزَّوْجِ**، فَإِنَّ لِلمَوْلَى وَالزَّوْجِ أَنْ يُحَلِّلاهُمَا وَلَيْسَ بِاحْتِرَازٍ عَنْ الإحْرَامِ الفَاسِدِ، كَمَا إذَا جَامَعَ المُحْرِمُ قَبْلَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ أَوْ أَحْرَمَ مُجَامِعًا فَإِنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الصَّحِيحِ.

وَقَوْلُهُ (لا طَرِيقَ لِلخُرُوجِ عَنْهُ إلا بِأَدَاءِ أَحَدِ النُّسُكَيْنِ) مَنْقُوضٌ بِالمُحْصَرِ فَإِنَّ الهَدْيَ طَرِيقٌ لهُ لِلخُرُوجِ عَنْهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ بَنَى الكَلامَ عَلى مَا هُوَ الوَضْعُ وَمَسْأَلَةُ الإحْصَارِ مِنْ العَوَارِضِ ثَبَتَتْ بِالنَّصِّ عَلى خِلافِ القِيَاسِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الإحْرَامِ المُبْهَمِ) أَيْ المُبْهَمِ مِنْ النُّسُكَيْنِ الحَجَّةِ وَالعُمْرَةِ بِأَنْ أَبْهَمَ فِي الإحْرَامِ وَقَالَ: لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ، وَلَمْ يُعَيِّنْ حَجَّةً وَلا عُمْرَةً وَلَمْ يَنْوِ بِقَلبِهِ شَيْئًا فَإِنَّهُ يَصِحُّ إحْرَامُهُ وَلا يَخْرُجُ عَنْهُ إلا بِأَدَاءِ أَحَدِ النُّسُكَيْنِ، لكِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِي المُتَيَقَّنِ وَهُوَ العُمْرَةُ لأَنَّهَا أَقَلُّ أَفْعَالا وَأَيْسَرُ مَئُونَةً.

(وَهَهُنَا عَجَزَ عَنْ الحَجِّ) لِفَوَاتِ رُكْنِهِ الأَعْظَمِ (فَيَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ العُمْرَةُ) فَكَانَ المُنَاسَبَةُ بَيْنَ الإحْرَامِ المُبْهَمِ وَبَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ الخُرُوجُ عَنْ الإحْرَامِ بِأَفْعَالِ العُمْرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلا دَمَ عَلَيْهِ) يَعْنِي عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الدَّمَ عَلَيْهِ قِيَاسًا عَلى المُحْصَرِ. وَقُلنَا: التَّحَلُّلُ وَقَعَ بِأَفْعَالِ العُمْرَةِ فَكَانَتْ فِي حَقِّ فَائِتِ الحَجِّ بِمَنْزِلَةِ الدَّمِ فِي حَقِّ المُحْصَرِ فَلا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَلا يُقَاسُ أَحَدُهُمَا عَلى الآخَرِ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَادِرٌ وَعَاجِزٌ عَلى مَا يَعْجِزُ عَنْهُ الآخَرُ وَعَمَّا يَقْدِرُ عَلَيْهِ

(**وَالعُمْرَةُ لا تَفُوتُ وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ إلا خَمْسَةَ أَيَّامٍ يُكْرَهُ فِيهَا فِعْلُهَا**، وَهِيَ يَوْمُ عَرَفَةَ، وَيَوْمُ النَّحْرِ، وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ) لِمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنْهَا أَنَّهَا كَانَتْ تَكْرَهُ العُمْرَةَ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ الخَمْسَةِ؛ وَلأَنَّ هَذِهِ الأَيَّامَ أَيَّامُ الحَجِّ فَكَانَتْ مُتَعَيِّنَةً لهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهَا لا تُكْرَهُ فِي يَوْمِ عَرَفَةَ قَبْلَ الزَّوَالِ؛ لأَنَّ دُخُولَ وَقْتِ رُكْنِ الحَجِّ بَعْدَ الزَّوَالِ لا قَبْلَهُ، وَالأَظْهَرُ مِنْ المَذْهَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلكِنْ مَعَ هَذَا لَوْ أَدَّاهَا فِي هَذِهِ الأَيَّامِ صَحَّ وَيَبْقَى مُحْرِمًا بِهَا فِيهَا؛ لأَنَّ الكَرَاهَةَ لغَيْرِهَا وَهُوَ تَعْظِيمُ أَمْرِ الحَجِّ وَتَخْلِيصُ وَقْتِهِ لهُ فَيَصِحُّ الشُّرُوعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَ**العُمْرَةُ** لا تَفُوتُ) أَيْ لأَنَّهَا غَيْرُ مُؤَقَّتَةٍ (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ السَّنَةِ) يَدُلُّ عَلى جَوَازِهَا فِي أَشْهُرِ الحَجِّ. وَقَدْ اخْتَلفَ السَّلفُ فِي ذَلكَ، وَكَانَ عُمَرُ يَنْهَى عَنْهَا وَيَقُولُ: الحَجُّ فِي الأَشْهُرِ وَالعُمْرَةُ فِي غَيْرِهَا أَكْمَلُ لحَجِّكُمْ وَعُمْرَتِكُمْ. وَالصَّحِيحُ جَوَازُهَا بِلا كَرَاهَةٍ بِدَليل مَا رَوَى البُخَارِيُّ فِي صَحِيحِه بِإِسْنَادِهِ إلى رَسُول اللَّهِ ﷺ «أَنَّهُ اعْتَمَرَ فِي ذِي القَعْدَةِ أَرْبَعَ عُمَرٍ إلا الَّتِي اعْتَمَرَ مَعَ حَجَّتِهِ».

وَأَمَّا كَرَاهَتُهَا فِي الأَيَّامِ الخَمْسَةِ فَهِيَ مَذْهَبُنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تُكْرَهُ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالأَظْهَرُ مِنْ المَذْهَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي كَرَاهَةَ **العُمْرَةِ يَوْمَ عَرَفَةَ قَبْلَ الزَّوَال وَبَعْدَهُ.**

(وَالعُمرَةُ سُنَّةٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَرِيضَةٌ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «العُمرَةُ فَرِيضَةٌ كَفَرِيضَةِ الحَجِّ» وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " الحَجُّ فَرِيضَةٌ وَالعُمرَةُ تَطَوُّعٌ "؛ وَلأَنَّهَا غَيرُ مُؤَقَّتَةٍ بِوقتٍ وَتَتَأَدَّى بِنِيَّةِ غَيرِهَا كَمَا فِي فَائِتِ الحَجِّ، وَهَذِهِ أَمَارَةُ النَّفليَّةِ. وَتَأوِيلُ مَا رَوَاهُ أَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِأَعمَالٍ كَالحَجِّ إذ لا تَثبُتُ الفَرضِيَّةُ مَعَ التَّعَارُضِ فِي الآثَارِ. قَال (وَهِيَ الطَّوَافُ وَالسَّعيُ) وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي بَابِ التَّمَتُّعِ، وَاَللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَ**العُمْرَةُ سُنَّةٌ**) أَيْ **سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ**. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهَا غَيْرُ مُؤَقَّتَةٍ بِوَقْتٍ وَتَتَأَدَّى بِنِيَّةِ غَيْرِهَا كَمَا فِي فَائِتِ الحَجِّ وَهَذِهِ أَمَارَةُ النَّفْليَّةِ) اسْتَشْكَل بِالإِيمَانِ وَصَلاةِ الجَنَازَةِ فَإِنَّهُمَا فَرْضَانِ وَليْسَا بِمُؤَقَّتَيْنِ، وَبِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ يَتَأَدَّى بِنِيَّةِ غَيْرِهِ وَهُوَ فَرْضٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا قَدْ قُلنَا إنَّ كُلَّ مَا هُوَ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ وَنَعْنِي بِذَلكَ مَا هُوَ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ مِنْ أَوْقَاتِ العُمْرِ إذَا وَقَعَ فِيهِ انْتَفَى الفَرْضِيَّةُ، وَالإِيمَانُ فَرْضٌ دَائِمٌ فَلا يَرِدُ نَقْضًا وَصَلاةُ

الجَنَازَةِ مُؤَقَّتَةٌ بِوَقْتِ حُضُورِهَا، وَإِنَّ الكَلامَ فِيمَا يَكُونُ غَيْرَ مُؤَقَّتٍ وَصَوْمُ رَمَضَانَ لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأَقُولُ: مَنْشَأُ هَذَا الاسْتِشْكَالِ الذُّهُولُ عَنْ كَلامِ المُصَنِّفِ، فَإِنَّهُ جَعَلَ مَجْمُوعَ قَوْلِهِ: (وَلأَنَّهَا غَيْرُ مُؤَقَّتَةٍ بِوَقْتٍ وَتَتَأَدَّى بِنِيَّةِ غَيْرِهَا) أَمَارَةً وَاحِدَةً، وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ:(وَهَذِهِ أَمَارَةُ النَّفْلِيَّةِ) وَحِينَئِذٍ لا يَرِدُ عَلَيْهِ ذَلِكَ، أَمَّا الإِيمَانُ فَلأَنَّهُ لا غَيْرَ ثَمَّةَ حَتَّى يَتَأَدَّى بِنِيَّتِهِ إِذْ هُوَ لا يَتَنَوَّعُ إِلَى فَرْضٍ وَنَفْلٍ وَكَذَلِكَ صَلاةُ الجَنَازَةِ، وَأَمَّا صَوْمُ رَمَضَانَ فَلأَنَّهُ مُؤَقَّتٌ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ.

وَقَوْلُهُ وَتَأْوِيلُ مَا رَوَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**العُمْرَةُ فَرِيضَةٌ**» (أَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِأَعْمَالٍ كَالحَجِّ أَوْ لا تَثْبُتُ الفَرْضِيَّةُ مَعَ التَّعَارُضِ فِي الآثَارِ) فَإِنَّ مَا رُوِيَ يَدُلُّ عَلَى الفَرْضِيَّةِ وَمَا رَوَيْنَاهُ عَلَى كَوْنِهَا سُنَّةً، وَإِذَا تَعَارَضَتْ الآثَارُ لا تَثْبُتُ الفَرْضِيَّةُ لأَنَّهَا لا تَثْبُتُ إِلا بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هُوَ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة: ١٩٦] عَطَفَ العُمْرَةَ عَلَى الحَجِّ، وَالحَجُّ فَرِيضَةٌ، وَأَمَرَ بِالإِتْمَامِ وَالأَمْرُ لِلوُجُوبِ. أُجِيبَ بِأَنَّ القِرَانَ فِي النَّظْمِ لا يُوجِبُ القِرَانَ فِي الحُكْمِ، وَالأَمْرُ إِنَّمَا هُوَ بِالإِتْمَامِ، وَالإِتْمَامُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الشُّرُوعِ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ وَإِنْ كَانَتْ فِي الابْتِدَاءِ سُنَّةً. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ الطَّوَافُ وَالسَّعْيُ) ظَاهِرٌ.

باب الحج عن الغير

الأَصلُ فِي هَذَا البَابِ أَنَّ الإِنسَانَ لهُ أَن يَجعَل ثَوَابَ عَمَلهِ لغَيرِهِ صَلاةً أَو صَومًا أَو صَدَقَةً أَو غَيرَهَا عِندَ أَهل السُّنَّةِ وَالجَمَاعَةِ، لمَا رُوِيَ «عَن النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَنَّهُ ضَحَّى بِكَبشَينِ أَملحَينِ أَحَدَهُمَا عَن نَفسِهِ وَالآخَرَ عَن أُمَّتِهِ مِمَّن أَقَرَّ بِوَحدَانِيَّةِ اللَّهِ تَعَالى وَشَهِدَ لهُ بِالبَلاغِ»[1] جَعَل تَضحِيَةَ إِحدَى الشَّاتَين لأُمَّتِهِ.

وَالعِبَادَاتُ أَنوَاعٌ: مَاليَّةٌ مَحضَةٌ كَالزَّكَاةِ، وَبَدَنِيَّةٌ مَحضَةٌ كَالصَّلاةِ، وَمُرَكَّبَةٌ مِنهُمَا كَالحَجِّ، وَالنِّيَابَةُ تَجرِي فِي النَّوعِ الأَوَّل فِي حَالتَي الاختِيَارِ وَالضَّرُورَةِ لحُصُول المَقصُودِ بِفِعل النَّائِبِ، وَلا تَجرِي فِي النَّوعِ الثَّانِي بِحَالٍ لأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ إِتعَابُ النَّفسِ لا

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١)، وأحمد (٤/٢٢).

يَحصُلُ بِهِ، وَتَجرِي فِي النَّوعِ الثَّالثِ عِندَ العَجزِ للمَعنَى الثَّانِي وَهُوَ المَشقَّةُ بِتَنقِيصِ المَال، وَلا تَجرِي عِندَ القُدرَةِ لعَدَمِ إتعَابِ النَّفسِ، وَالشَّرطُ العَجزُ الدَّائِمُ إلى وَقتِ المَوتِ لأَنَّ الحَجَّ فَرضُ العُمرِ.

وَفِي الحَجِّ النَّفل تَجُوزُ الإِنَابَةُ حَالةَ القُدرَةِ لأَنَّ بَابَ النَّفل أَوسَعُ، ثُمَّ ظَاهِرُ المَذهَبِ أَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَن المَحجُوجِ عَنهُ وَبِذَلكَ تَشهَدُ الأَخبَارُ الوَارِدَةُ فِي البَابِ كَحَدِيثِ الخَثعَمِيَّةِ فَإنَّهُ ﷺ قَال فِيهِ «حُجِّي عَن أَبِيك وَاعتَمِرِي». وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَن الحَاجِّ، وَللآمِرِ ثَوَابُ النَّفقَةِ لأَنَّهُ عِبادَةٌ بَدَنِيَّةٌ، وَعِندَ العَجزِ أُقِيمَ الإِنفَاقُ مُقَامَهُ كَالفِديَةِ فِي بَابِ الصَّومِ.

الشرح:

بَابُ الحَجِّ عَن الغَيرِ

لَمَّا كَانَ الأَصْلُ فِي التَّصَرُّفَات أَنْ تَقَعَ عَمَّنْ تَصْدُرُ مِنْهُ كَانَ **الحَجُّ عَنْ الغَيْرِ** خَليقًا بِأَنْ يُؤَخَّرَ فِي بَابٍ عَلى حِدَةٍ وَاعْلَمْ أَنَّ مَنْ **صَلَّى أَوْ صَامَ أَوْ تَصَدَّقَ فَجَعَل ثَوَابَ ذَلكَ لغَيْرِه** جَازَ عِنْدَ أَهْل السُّنَّة وَالجَمَاعَة. وَقَال بَعْضُ أَهْل العلمِ: لا يَجُوزُ لقَوْله تَعَالى: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَـٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم: ٣٩] وَهَذَا لَيْسَ مِنْ سَعْيِه، وَلأَنَّ الثَّوَابَ هُوَ الجَنَّةُ وَلَيْسَ لأَحَد تَمْليكُهَا لغَيْره لأَنَّهُ لَيْسَ بمَالك لهَا.

وَقُلنَا: لَمَّا جَعَل سَعْيَهُ للغَيْرِ صَارَ سَعْيُهُ كَسَعْيِ الغَيْرِ، وَلهُ وِلايَةُ أَنْ يَصِيرَ سَاعِيًا لغَيْرِه وَأَنْ يَجْعَل اسْتِحْقَاقَهُ للجَنَّة لغَيْرِه. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَقَوْلُهُ (الأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الإِنْسَانَ لهُ أَنْ يَجْعَل ثَوَابَ عَمَله) إشَارَةٌ إلى أَنَّ ثَوَابَ الحَجِّ للآمِرِ بجَعْل المَأْمُورِ كَذَلكَ، وَأَمَّا نَفْسُ **الحَجِّ هَل يَقَعُ عَنْ الآمِرِ أَوْ عَنْ المَأْمُورِ** فَيَذْكُرُ بُعَيْدَ هَذَا مَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة وَغَيْرُهُ.

وَقَوْلُهُ: (بِكَبْشَيْنِ أَمْلحَيْنِ) يُقَالُ كَبْشٌ أَمْلحُ فِيه مُلحَةٌ: وَهِيَ بَيَاضٌ يَشُوبُهُ شَعَرَاتٌ سُودٌ وَهِيَ مِنْ لوْن المِلحِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فِي حَالتَيْ الاخْتِيَارِ وَالضَّرُورَة) أَيْ حَالة الصِّحَّة وَالمَرَضِ (لحُصُول المَقْصُودِ) وَهِيَ إيصَالُ النَّفْعِ إلى الفُقَرَاءِ. وَقَوْلُهُ (لا يَحْصُلُ به) أَيْ بفعْل النَّائب.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ المَشَقَّةُ بِتَنْقِيصِ المَال) يَعْنِي أَنَّ المَرْءَ كَمَا تَلحَقُهُ المَشَقَّةُ عِنْدَ فِعْله

بِنَفْسِهِ تَلحَقُهُ أَيْضًا عِنْدَ فِعْلِ غَيْرِهِ إِذَا كَانَ بِمَالِهِ (وَالشَّرْطُ العَجْزُ الدَّائِمُ إِلَى وَقْتِ المَوْتِ؛ لأَنَّ الحَجَّ فَرْضُ العُمْرِ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لا يَتَعَيَّنُ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ، وَكِلتَا المُقَدِّمَتَيْنِ ظَاهِرَةٌ، فَالحَجُّ لا يَتَعَيَّنُ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ العَجْزُ دَائِمِيًّا وَقَدْ أَحَجَّ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ زَالَ عَنْهُ العَجْزُ كَانَ قَادِرًا عَلَى أَصْلِهِ فِي وَقْتِهِ وَذَلِكَ يُبْطِلُ النِّيَابَةَ.

فَإِنْ قِيلَ: القُدْرَةُ عَلَى الأَصْلِ تُبْطِلُ الخَلَفَ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالخَلَفِ وَقَدْ حَصَلَ المَقْصُودُ بِالخَلَفِ وَهُوَ حُصُولُ المَشَقَّةِ بِتَنْقِيصِ المَالِ. فَالجَوَابُ أَنَّا لَمْ نَسْلُكْ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ مَسْلَكَ الأَصْلِ وَالخَلَفِ. وَإِنَّمَا قُلنَا بِأَنَّ الحَجَّ مُرَكَّبٌ مِنْ أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ وَالآخَرُ لا يَحْتَمِلُهَا، فَعَمِلنَا بِأَحَدِهِمَا عِنْدَ القُدْرَةِ فَلَمْ نُجَوِّزْ النِّيَابَةَ وَبِالآخَرِ عِنْدَ العَجْزِ فَجَوَّزْنَاهَا، لَكِنْ شَرَطْنَا لِكَوْنِهِ وَظِيفَةَ العُمْرِ أَنْ يَكُونَ لِلعَجْزِ دَائِمِيًّا لِمَا مَرَّ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ كَوْنَهُ وَظِيفَةَ العُمْرِ لا يَصْلُحُ دَلِيلا عَلَى اشْتِرَاطِ العَجْزِ الدَّائِمِ لِتَخَلُّفِهِ عَنْهُ فَإِنَّهُ شَرْطٌ لِجَوَازِ الفِدْيَةِ لِلشَّيْخِ الفَانِي عَنْ الصَّوْمِ وَالصَّوْمُ لَيْسَ وَظِيفَةَ العُمْرِ.

وَالجَوَابُ أَنَّ الدَّلِيلَ يَسْتَلزِمُ المَدْلُولَ وَلا يَنْعَكِسُ، فَكُلُّ مَا كَانَ وَظِيفَةَ العُمْرِ يُشْتَرَطُ فِيهِ العَجْزُ الدَّائِمُ، وَلا يَلزَمُ أَنَّ كُلَّ مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ العَجْزُ الدَّائِمُ تَكُونُ وَظِيفَةَ العُمْرِ. وَقَوْلُهُ وَفِي الحَجِّ النَّفْلِ تَجُوزُ الإِنَابَةُ) ظَاهِرٌ (ثُمَّ ظَاهِرُ المَذْهَبِ أَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَنْ المَحْجُوجِ عَنْهُ) يَعْنِي الآمِرَ (وَبِذَلِكَ تَشْهَدُ الأَخْبَارُ الوَارِدَةُ فِي هَذَا البَابِ) «فَإِنَّهُ ﷺ قَالَ لِلخَثْعَمِيَّةِ حِينَ قَالَتْ إِنَّ أَبِي شَيْخٌ كَبِيرٌ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَسْتَمْسِكَ عَلَى الرَّاحِلَةِ أَفَيُجْزِينِي أَنْ أَحُجَّ عَنْهُ؟ قَالَ: **نَعَمْ حُجِّي عَنْ أَبِيكِ وَاعْتَمِرِي**».

(وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَنْ الحَاجِّ) يَعْنِي المَأْمُورَ (وَلِلآمِرِ ثَوَابُ النَّفَقَةِ) وَصَارَ إِنْفَاقُ المَأْمُورِ كَإِنْفَاقِ الآمِرِ بِنَفْسِهِ، وَلَكِنْ يَسْقُطُ أَصْلُ الحَجِّ عَنْ الآمِرِ لأَنَّهُ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ حَصَلَ العَجْزُ عَنْ فِعْلِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ قَامَ الإِنْفَاقُ فِيهِ مَقَامَ الفِعْلِ كَمَا فِي الشَّيْخِ الفَانِي، فَإِنَّهُ لَمَّا عَجَزَ عَنْ الصَّوْمِ قَامَتْ الفِدْيَةُ مَقَامَ الصَّوْمِ.

فَإِنْ قِيلَ: الفِدْيَةُ ثَبَتَتْ بِالنَّصِّ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ فَلا يُقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا. فَالجَوَابُ أَنَّهُ مُلحَقٌ بِهَا بِطَرِيقِ الدَّلالَةِ، فَإِنَّ الإِنْفَاقَ إِذَا قَامَ مَقَامَ الصَّوْمِ وَهُوَ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ مَحْضَةٌ فَلأَنْ يَقُومَ مَقَامَ مَا هُوَ مُرَكَّبٌ مِنْ البَدَنِيِّ وَالمَالِيِّ أَوْلَى. قَالَ شَيْخُ الإِسْلامِ: وَإِلَى

هَذَا القَوْل مَال عَامَّةُ المُتَأَخِّرِينَ.

قال (وَمَن أَمرَهُ رَجُلانِ بِأَن يَحُجَّ عَن كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا حَجَّةً فَأَهَلَّ بِحَجَّةٍ عَنهُمَا فَهِيَ عَن الحَاجِّ وَيَضمَنُ النَّفَقَةَ) لأَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَن الآمِرِ حَتَّى لا يَخرُجَ الحَاجُّ عَن حَجَّةِ الإِسلامِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَمَرَهُ أَن يُخلصَ الحَجَّ لهُ مِن غَيرِ اشتِرَاكٍ، وَلا يُمكِنُ إيقَاعُهُ عَن أَحَدِهِمَا لعَدَمِ الأَولَوِيَّةِ فَيَقَعُ عَن المَأمُورِ، وَلا يُمكِنُهُ أَن يَجعَلَهُ عَن أَحَدِهِمَا بَعدَ ذَلكَ.

بِخِلافِ مَا إذَا حَجَّ عَن أَبَوَيهِ فَإِنَّ لهُ أَن يَجعَلَهُ عَن أَيِّهِمَا شَاءَ لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِجَعلِ ثَوَابِ عَمَلِهِ لأَحَدِهِمَا أَو لهُمَا فَيَبقَى عَلَى خِيَارِهِ بَعدَ وُقُوعِهِ سَبَبًا لثَوَابِهِ، وَهُنَا يَفعَلُ بِحُكمِ الآمِرِ، وَقَد خَالَفَ أَمرَهُمَا فَيَقَعُ عَنهُ. وَيَضمَنُ النَّفَقَةَ إن أَنفَقَ مِن مَالِهِمَا لأَنَّهُ صَرَفَ نَفَقَةَ الآمِرِ إلى حَجِّ نَفسِهِ، وَإِن أَبهَمَ الإِحرَامَ بِأَن نَوَى عَن أَحَدِهِمَا غَيرَ عَينٍ، فَإِن مَضَى عَلَى ذَلكَ صَارَ مُخَالِفًا لعَدَمِ الأَولَوِيَّةِ.

وَإِن عَيَّنَ أَحَدَهُمَا قَبل المُضِيِّ فَكَذَلكَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ القِيَاسُ لأَنَّهُ مَأمُورٌ بِالتَّعيِينِ، وَالإِبهَامُ يُخَالِفُهُ فَيَقَعُ عَن نَفسِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا لم يُعَيِّن حَجَّةً أَو عُمرَةً حَيثُ كَانَ لهُ أَن يُعَيِّنَ مَا شَاءَ لأَنَّ المُلتَزَمَ هُنَاكَ مَجهُولٌ وَهَهُنَا المَجهُولُ مَن لهُ الحَقُّ.

وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الإِحرَامَ شُرِعَ وَسِيلَةً إلى الأَفعَال لا مَقصُودًا بِنَفسِهِ. وَالمُبهَمُ يَصلُحُ وَسِيلَةً بِوَاسِطَةِ التَّعيِينِ فَاكتَفَى بِهِ شَرطًا، بِخِلافِ مَا إذَا أَدَّى الأَفعَال عَلَى الإِبهَامِ لأَنَّ المُؤَدَّى لا يَحتَمِلُ التَّعيِينَ فَصَارَ مُخَالِفًا.

الشرح:

قَال (**وَمَنْ أَمرَهُ رَجُلان**) صُورَةُ المَسْأَلةِ ظَاهِرَةٌ، وَذَهَبَ الشَّارِحُونَ إلى أَنَّ الدَّليل غَيْرُ مُطَابِقٍ للمَدْلُول؛ لأَنَّ المَدْلُول قَوْلُهُ (فَهِيَ) أَيْ الحَجَّةُ (عَنْ الحَاجِّ وَيَضْمَنُ النَّفَقَةَ) وَدَليلُهُ؛ لأَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَنْ الآمِرِ وَلا مُطَابَقَةَ بَيْنَهُمَا كَمَا تَرَى. ثُمَّ قَال صَاحِبُ النِّهَايَةِ: وَلكِنَّ هَذَا التَّعْليل تَعْليلُ حُكْمٍ غَيْرِ مَذْكُورٍ، وَتَقْدِيرُ الكَلامِ: وَيَضْمَنُ النَّفَقَةَ لأَنَّهُ خَالفَهُمَا، وَإِنَّمَا لا يَضْمَنُ النَّفَقَةَ إذَا وَافَقَ أَمْرَ الآمِرِ.

(لأَنَّ الحَجَّ) حِينَئِذٍ (يَقَعُ عَنْ الآمِرِ حَتَّى لا يَخْرُجَ الحَاجُّ عَنْ حَجَّةِ الإِسْلامِ) وَهَهُنَا قَدْ خَالفَ فَلا يَقَعُ الحَجُّ عَنْ الآمِرِ بَل يَقَعُ عَنْ المَأْمُورِ، فَكَانَ هَذَا التَّعْليلُ تَعْليلا لمَا إذَا وَقَعَ الحَجُّ عَنْ الآمِرِ وَهُوَ فِي صُورَةِ عَدَمِ مُخَالفَةِ المَأْمُورِ للآمِرِ، وَتَابَعَهُ عَلَى ذَلكَ

بَعْضُ الشَّارِحِينَ، وَلا إخَالُ ذَلِكَ مَقْصُودَ الْمُصَنِّف لأَنَّهُ قَال بَعْدَ هَذَا (وَيَضْمَنُ النَّفَقَةَ إنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِمَا لأَنَّهُ صَرَفَ نَفَقَةَ الآمِرِ إلى حَجِّ نَفْسِه) فَلوْ كَانَ ذَلكَ مُرَادَهُ كَانَ هَذَا مُسْتَدْرَكًا.

وَقَال بَعْضُهُمْ: زَلَّ فِيه أَقْدَامُ الشَّارِحِينَ حَيْثُ لَمْ يَفْهَمُوا كَلامَ الْمُصَنِّف وَقَالُوا: لا مُطَابَقَةَ بَيْنَ الدَّلِيل وَالمَدْلُول، وَلا يُوَافِقُ التَّعْليل الْمُدَّعَى، وَنَقَل تَقْرِيرَ الكَلامِ كَمَا قُلْنا ثُمَّ قَال: فَأَقُولُ لَيْسَ الأَمْرُ كَمَا ظَنُّوا وَلوْ سَكَتُوا فِي هَذَا المَوْضِعِ لكَانَ أَوْلى، بَل المُطَابَقَةُ حَاصِلةٌ بَيْنَ الدَّلِيل وَالمَدْلُول بِأَنْ يُقَال هِيَ عَنْ الحَاجِّ: أَيْ الحَجَّةُ تَقَعُ عَنْ الحَاجِّ وَهُوَ المَأْمُورُ.

وَيَضْمَنُ النَّفَقَةَ لكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا إنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِمَا؛ لأَنَّ الحَجَّ المُؤَدَّى فِي هَذِه يَقَعُ عَنْ الآمِرِ مِنْ وَجْه بِدَلِيل أَنَّ الحَاجَّ لا يَخْرُجُ عَنْ حَجَّة الإِسْلامِ، وَلكِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الآمِرَيْنِ أَمَرَ بِأَنْ يُخْلص لهُ الحَجُّ وَلَمْ يَأْمُرْ بالاشْتِرَاك، فَلمَّا نَوَى عَنْهُمَا جَمِيعًا خَالفَ الآمرَ فَوَقَعَ الحَجُّ عَنْ الحَاجِّ وَضَمِنَ النَّفَقَةَ لوُجُودِ المُخَالفَة هَذَا كَلامُهُ وَلا أَزِيدُ عَلى الحِكَايَة فَليُتَأَمَّل فيه.

وَأَقُولُ بِتَوْفِيقِ اللَّه تَعَالى: فِي تَقْرِيرِ كَلامه الحَجُّ يَقَعُ عَنْ الآمرِ عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَة حَتَّى لا يَخْرُجَ الحَاجُّ عَنْ حَجَّة الإِسْلامِ، وَلا يُمْكِنُ هَهُنَا إيقَاعُهُ عَنْ الآمرِ؛ لأَنَّ الآمرَ شَخْصَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمَرَهُ أَنْ يُخْلصَ الحَجَّ لهُ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاكٍ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلى مِنْ الآخَرِ فَلا يَقَعُ عَنْهُمَا وَلا عَنْ أَحَدِهِمَا فَيَقَعُ عَنْ المَأْمُورِ، لكِنْ فِي كَلامه إغْلاقٌ كَمَا لا يَخْفَى، وَهَذَا تَعْليلٌ لقَوْله: (فَهِيَ عَنْ الحَاجِّ)، وَأَمَّا تَعْليلُ قَوْله: (وَيَضْمَنُ النَّفَقَةَ) فَمَذْكُورٌ بَعْدَ هَذَا.

فَإِنْ قِيل: إذَا وَقَعَ عَنْ الحَاجِّ فَليُجْعَل عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ كَمَا إذَا أَهَلَّ عَنْ أَبَوَيْه فَإِنَّ لهُ أَنْ يَجْعَلهُ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ، أَجَابَ بِقَوْله (وَلا يُمْكِنُهُ أَنْ يَجْعَلهُ عَنْ أَحَدِهِمَا بَعْدَ ذَلكَ) أَيْ بَعْدَمَا وَقَعَ لنَفْسه وَبَيَّنَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَبْهَمَ الإِحْرَامَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المُلتَزَمَ هُنَاكَ مَجْهُولٌ) مَعْنَاهُ أَنَّ جَهَالةَ المُلتَزَمِ غَيْرُ مَانعَة عَنْ وُجُوبِ التَّعْيِين، وَأَمَّا جَهَالةُ مَنْ لهُ الحَقُّ فَهِيَ مَانعَةٌ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الإِقْرَارَ بِمَجْهُولٍ لمَعْلُومٍ جَائزٌ دُونَ عَكْسِه.

(وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الإِحْرَامَ شُرِعَ وَسِيلةً إلى الأَفْعَالِ لا مَقْصُودًا) بِدَلِيل صحَّة تَقْدِيمه عَلى وَقْتِ الأَدَاءِ وَهُوَ أَشْهُرُ الحَجِّ (فَاكْتَفَى بِه) أيْ بالإِحْرَامِ المُبْهَمِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَرْطٌ لأَنَّ الشُّرُوطَ يُرَاعَى وُجُودُهَا كَيْفَمَا كَانَ، أَلا تَرَى أَنَّ الإِنْسَانَ إِذَا تَوَضَّأَ لِلتَّبَرُّدِ جَازَ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ بِه.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ المَقْصُودَ الأَصْلِيَّ هُوَ أَدَاءُ الأَفْعَالِ وَالتَّعْيِينُ فِي ابْتِدَائِه مُمْكِنٌ لأَنَّهُ يَقَعُ عَلى مَا عَيَّنَ لا عَلى الإِبْهَامِ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَدَّى ثُمَّ عَيَّنَ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلى الإِبْهَامِ ابْتِدَاءً، ثُمَّ التَّعْيِينُ يَرِدُ عَلى مَا مَضَى وَاضْمَحَلَّ فَلا يُفِيدُ شَيْئًا.

قَال (فَإِن أَمَرَهُ غَيرُهُ أَن يَقرُنَ عَنهُ فَالدَّمُ عَلى مَن أَحرَمَ) لأَنَّهُ وَجَبَ شُكرًا لِمَا وَفَّقَهُ اللَّهُ تَعَالى مِن الجَمعِ بَينَ النُّسُكَينِ وَالمَأمُورُ هُوَ المُختَصُّ بِهَذِهِ النِّعمَةِ لأَنَّ حَقِيقَةَ الفِعلِ مِنهُ، وَهَذِهِ المَسأَلَةُ تَشهَدُ بِصِحَّةِ المَروِيِّ عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَن المَأمُورِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ **أَمَرَهُ غَيْرُهُ أَنْ يَقْرُنَ عَنْهُ** فَالدَّمُ عَلى مَنْ أَحْرَمَ) رَجُلٌ أَمَرَ رَجُلا أَنْ يَقْرُنَ عَنْهُ بِضَمِّ الرَّاءِ فَفَعَل فَالدَّمُ عَلى المَأْمُورِ (لأَنَّهُ وَجَبَ شُكْرًا لِمَا وَفَّقَهُ اللَّهُ تَعَالى مِنْ الجَمْعِ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ، وَالمَأْمُورُ هُوَ المُخْتَصُّ بِهَذه النِّعْمَة؛ لأَنَّ حَقِيقَةَ الفِعْل) صَدَرَتْ (مِنْهُ. وَهَذه المَسْأَلَةُ تَشْهَدُ بِصِحَّة المَرْوِيِّ عَنْ مُحَمَّد أَنَّ الحَجَّ يَقَعُ عَنْ المَأْمُورِ).

وَفِيه نَظَرٌ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ المَأْخَذُ فِي كَوْنِ الدَّمِ وَاجِبًا عَلى المَأْمُورِ كَوْنُهُ نُسُكًا كَسَائِرِ المَنَاسِك، وَسَائِرُ المَنَاسِكِ عَلى المَأْمُورِ فَكَذَا هَذَا، لا كَوْنُهُ شُكْرًا لِمَا وَفَّقَهُ اللَّهُ تَعَالى مِنْ الجَمْعِ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ لأَنَّهُ مُشْتَرَكُ الإلزَامِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لوْ كَانَ كَذَلكَ لوَجَبَ عَلى الآمِرِ لأَنَّهُ هُوَ المُنْتَفِعُ بِمُتْعَة القِرَان بِسُقُوط حَجَّة الإِسْلامِ عَنْ ذِمَّته مَعَ فَضِيلة القِرَان

(وَكَذَلكَ إن أَمَرَهُ وَاحِدٌ بِأَن يَحُجَّ عَنهُ وَالآخَرُ بِأَن يَعتَمِرَ عَنهُ وَأَذِنَا لهُ بِالقِرَانِ) فَالدَّمُ عَليهِ لِمَا قُلنَا.

الشرح:

(وَكَذَلكَ إِنْ **أَمَرَهُ وَاحِدٌ بِأَنْ يَحُجَّ عَنْهُ وَالآخَرُ بِأَنْ يَعْتَمِرَ عَنْهُ وَأَذِنَا لهُ بِالقِرَان** فَالدَّمُ عَلَيْه لِمَا قُلنَا) يَعْنِي قَوْلهُ لأَنَّهُ وَجَبَ شُكْرًا إلخ؛ وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِقَوْله: (وَأَذِنَا لهُ بِالقِرَان) لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنَا لهُ بِذَلكَ لا يَجُوزُ لهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا لأَجْلِهِمَا، فَلوْ قَرَنَ كَانَ مُخَالفًا.

وَاعتُرِضَ بأَنَّهُ جَعَل جزَاءَ الشَّرْط قَوْلُهُ فَالدَّمُ عَلَيْه وَوُجُوبُهُ عَلَيْه لَيْسَ بمُقَيَّد بإِذْنهمَا، فَإِنَّهُ لوْ قَرَنَ بغَيْرِ إذْنهمَا فالدَّمُ وَاجبٌ عَلَيْه أَيْضًا، وَبأَنَّهُ إنْ خَالفَ عنْدَ عَدَم الإِذْنِ خَالفَ إلى مَا هُوَ خَيْرٌ وَهُوَ القِرَانُ لأَنَّهُ أَفْضَلُ عِنْدَنَا، وَالمُخَالفَةُ إلى خَيْرٍ غَيْرُ ضَائِرَة.

وَأُجيبَ بأَنَّهُ إذَا أَذنَا لهُ بذَلكَ كَانَ ممَّا يُوهمُ أَنَّهُ ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ فَيَكُونُ عَلَيْهمَا، بخلاف مَا إذَا لَمْ يَأْذَنَا فَأَزَال الوَهْمَ بقَوْله وَأَذنا لهُ بالقِرَان وَبأَنَّ خَيْرِيَّةَ القِرَان إنَّمَا هُوَ بالنِّسْبَة إلى الجَامعِ بَيْنَ النُّسُكَيْنِ لا إلى الآمرِ، وَلهَذَا إذَا كَانَ مَأْمُورًا بالحَجِّ وَقَرَنَ عَدَّهُ أَبُو حَنيفَةَ مُخَالفًا وَلَمْ يَعْتَبِرْ ذَلكَ.

(وَدَمُ الإِحصَارِ عَلى الآمِرِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ: عَلى الحَاجِّ) لأَنَّهُ وَجَبَ للتَّحَلُّل دَفعًا لضَرَرِ امتِدَادِ الإِحرَامِ، وَهَذَا رَاجِعٌ إليهِ فَيَكُونُ الدَّمُ عَلَيهِ. وَلهُمَا أَنَّ الآمِرَ هُوَ الَّذِي أَدخَلَهُ فِي هَذِهِ العُهدَةِ فَعَلَيهِ خَلاصُهُ (فَإِن كَانَ يَحُجُّ عَن مَيِّتٍ فَأَحصِرَ فَالدَّمُ فِي مَال المَيِّتِ) عِندَهُمَا خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ قِيل: هُوَ مِن ثُلُثِ مَال المَيِّتِ لأَنَّهُ صِلَةٌ كَالزَّكَاةِ وَغَيرِهَا.

وَقِيل مِن جَمِيعِ المَال لأَنَّهُ وَجَبَ حَقًّا للمَأمُورِ فَصَارَ دَينًا (وَدَمُ الجِمَاعِ عَلى الحَاجِّ) لأَنَّهُ دَمُ جِنَايَةٍ وَهُوَ الجَانِي عَن اختِيَارٍ (وَيَضمَنُ النَّفَقَةَ) مَعنَاهُ: إذَا جَامَعَ قَبل الوُقُوفِ حَتَّى فَسَدَ حَجُّهُ لأَنَّ الصَّحِيحَ هُوَ المَأمُورُ بِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا فَاتَهُ الحَجُّ حَيثُ لا يَضمَنُ النَّفَقَةَ لأَنَّهُ مَا فَاتَهُ بِاختِيَارِهِ.

أَمَّا إذَا جَامَعَ بَعدَ الوُقُوفِ لا يَفسُدُ حَجُّهُ وَلا يَضمَنُ النَّفَقَةَ لحُصُول مَقصُودِ الآمرِ. وَعَليهِ الدَّمُ فِي مَالهِ لمَا بَيَّنَّا، وَكَذَلكَ سَائِرُ دِمَاءِ الكَفَّارَاتِ عَلى الحَاجِّ لمَا قُلنَا.

الشرح:

(وَدَمُ الإِحْصَار عَلى الآمرِ عِنْدَ أَبِي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: عَلى الحَاجِّ) وَوَجْهُهُمَا عَلى مَا ذُكرَ فِي الكتَاب وَاضحٌ. وَاعْتُرِضَ عَلى قَوْله إنَّ الآمرَ هُوَ الَّذي أَدْخَلَهُ فِي هَذه العُهْدَة بأَنَّ الآمرَ إذَا أَمَرَ بالقِرَان فَهُوَ الَّذي أَدْخَل المَأْمُورَ فِي عُهْدَة الدَّمِ وَلا يَجبُ عَلَيْه. وَأُجيبَ بأَنَّ دَمَ القِرَان نُسُكٌ، وَقَدْ دَفَعَ الآمرُ النَّفَقَةَ بمُقَابَلة جَميع مَا كَانَ منْ المَنَاسكِ وَهُوَ منْ جُمْلتهَا، بخلاف دَمِ الإِحْصَارِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بنُسُكٍ وَلَمْ يَكُنْ

مَعْلُومًا عِنْدَ الآمِرِ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ صِلَةٌ) الصِّلَةُ عِبَارَةٌ عَنْ أَدَاءِ مَا لا يَكُونُ فِي مُقَابَلَتِهِ عِوَضٌ مَالِيٌّ. وَقَوْلُهُ وَغَيْرُهَا) يَعْنِي النُّذُورَ وَالكَفَّارَاتِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ وَجَبَ حَقًّا لِلمَأْمُورِ) يَعْنِي بِإِدْخَالِهِ الآمِرَ فِي هَذِهِ العُهْدَةِ دَيْنًا عَلَى المَيِّتِ وَالدَّيْنُ مَحَلُّهُ جَمِيعُ المَالِ. وَقَوْلُهُ (؛ لأَنَّ الصَّحِيحَ هُوَ المَأْمُورُ بِهِ) أَيْ الحَجُّ الصَّحِيحُ هُوَ المَأْمُورُ بِهِ دُونَ الفَاسِدِ، فَإِذَا أَفْسَدَهُ لَمْ يَقَعْ مَأْمُورًا بِهِ فَكَانَ وَاقِعًا عَنْ المَأْمُورِ فَيَضْمَنُ مَا أَنْفَقَ عَلَى حَجِّهِ مِنْ مَالِ غَيْرِهِ.

ثُمَّ إذَا قَضَى الحَجَّ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ عَلَى وَجْهِ الصِّحَّةِ لا يَسْقُطُ بِهِ حَجُّ المَيِّتِ لأَنَّهُ لَمَّا خَالَفَ فِي السَّنَةِ المَاضِيَةِ بِالإِفْسَادِ صَارَ الإِحْرَامُ وَاقِعًا عَنْ المَأْمُورِ وَالحَجُّ الَّذِي يَأْتِي بِهِ فِي السَّنَةِ القَابِلَةِ قَضَاءُ ذَلِكَ الحَجِّ فَكَانَ وَاقِعًا عَنْ المَأْمُورِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إشَارَةً إلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ دَمُ جِنَايَةٍ وَهُوَ الجَانِي عَنْ اخْتِيَارٍ.

وَمِمَّا ذَكَرْنَا عُلِمَ أَنَّ الدِّمَاءَ ثَلاثَةُ أَنْوَاعٍ: دَمُ نُسُكٍ كَدَمِ القِرَانِ وَالتَّمَتُّعِ، وَدَمُ جِنَايَةٍ كَجَزَاءِ الصَّيْدِ وَنَحْوِهِ، وَدَمُ مَئُونَةٍ كَدَمِ الإِحْصَارِ. قَالَ فِي «المَبْسُوطِ»: كُلُّ دَمٍ يَلْزَمُ المُجَهِّزَ: يَعْنِي الحَاجَّ عَنْ الغَيْرِ فَهُوَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ. لأَنَّهُ إنْ كَانَ نُسُكًا فَإِقَامَةُ المَنَاسِكِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ كَفَّارَةً فَالجِنَايَةُ وُجِدَتْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ دَمًا بِتَرْكِ وَاجِبٍ فَهُوَ الَّذِي تَرَكَ مَا كَانَ وَاجِبًا فَلِهَذَا كَانَتْ هَذِهِ الدِّمَاءُ عَلَيْهِ إلا دَمُ الإِحْصَارِ فَإِنَّهُ فِي مَالِ الآمِرِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إشَارَةً إلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الجَانِي عَنْ اخْتِيَارٍ.

(وَمَن أَوصَى بِأَن يُحَجَّ عَنهُ فَأَحَجُّوا عَنهُ رَجُلا فَلَمَّا بَلَغَ الكُوفَةَ مَاتَ أَو سُرِقَت نَفَقَتُهُ وَقَد أَنفَقَ النِّصفَ يُحَجُّ عَن المَيِّتِ مِن مَنزِلِهِ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: يَحُجُّ عَنهُ مِن حَيثُ مَاتَ الأَوَّلُ) فَالكَلامُ هَهُنَا فِي اعتِبَارِ الثُّلُثِ وَفِي مَكَانِ الحَجِّ.

أَمَّا الأَوَّلُ فَالمَذكُورُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. أَمَّا عِندَ مُحَمَّدٍ يَحُجُّ عَنهُ بِمَا بَقِيَ مِن المَالِ المَدفُوعِ إليهِ إن بَقِيَ شَيءٌ وَإِلا بَطَلَت الوَصِيَّةُ اعتِبَارًا بِتَعيِينِ المُوصِي إذ تَعيِينُ الوَصِيِّ كَتَعيِينِهِ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحُجُّ عَنهُ بِمَا بَقِيَ مِن الثُّلُثِ الأَوَّلِ لأَنَّهُ هُوَ المَحَلُّ لِنَفَاذِ الوَصِيَّةِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ قِسمَةَ الوَصِيِّ وَعَزلَهُ المَالَ لا يَصِحُّ إلا بِالتَّسلِيمِ إلَى

الوَجهِ الَّذِي سَمَّاهُ المُوصِي لأَنَّهُ لا خَصمَ لهُ ليَقبِضَ وَلم يُوجَد التَّسليمُ إلى ذَلكَ الوَجهِ فَصَارَ كَمَا إذَا هَلَكَ قَبلَ الإفرَازِ وَالعَزل فَيَحُجُّ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجهُ قَول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ القِيَاسُ أَنَّ القَدرَ المَوجُودَ مِن السَّفَرِ قَد بَطَل فِي حَقِّ أَحكَامِ الدُّنيَا، قَال ﷺ «إذَا مَاتَ ابنُ آدَمَ انقَطَعَ عَمَلُهُ إلا من ثَلاثٍ»[(١)] الحَدِيث، وَتَنفِيذُ الوَصِيَّةِ مِن أَحكَامِ الدُّنيَا فَبَقِيَت الوَصِيَّةُ مِن وَطَنِهِ كَأَن لم يُوجَد الخُرُوجُ.

وَجهُ قَولِهِمَا وَهُوَ الاستِحسَانُ أَنَّ سَفَرَهُ لم يَبطُل لقَولهِ تَعَالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ **[النساء: ١٠٠] الآيَةَ، وَقَال ﷺ: «مَن مَاتَ فِي طَرِيقِ الحَجِّ كُتِبَ لهُ حَجَّةٌ مَبرُورَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ»[(٢)] وَإِذَا لم يَبطُل سَفَرُهُ اُعتُبِرَت الوَصِيَّةُ مِن ذَلكَ المَكَانِ، وَأَصلُ الاختِلافِ فِي الَّذِي يَحُجُّ بِنَفسِهِ، وَيَنبَنِي عَلى ذَلكَ المَأمُورُ بِالحَجِّ.**

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ) صُورَةُ هَذه المَسْأَلة رَجُلٌ لهُ أَرْبَعَةُ آلاف درْهَمٍ أَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ فَمَاتَ وَكَانَ مقْدَارُ الحَجِّ أَلفَ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا الوَصِيُّ إلى مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ فَسُرِقَ فِي الطَّرِيقِ.

قَال أَبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ التَّركَة وَهُوَ أَلفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ سُرِقَ ثَانِيًا يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مَرَّةً أُخْرَى وَهَكَذَا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ مِنْ ثُلُث جَمِيعِ المَال وَهُوَ ثَلاثُمِائَةٍ وَثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ. فَإِنْ سُرِقَتْ ثَانِيًا لا يُؤْخَذُ مَرَّةً أُخْرَى.

وَقَال مُحَمَّدٌ: إذَا سُرِقَتْ الأَلفُ الَّتِي دَفَعَهَا أَوَّلا بَطَلتْ الوَصِيَّةُ. وَإِنْ بَقِيَ مِنْهَا شَيْءٌ يَحُجُّ بِهِ لا غَيْرُ؛ لأَنَّ تَعْيِينَ الوَصِيِّ كَتَعْيِينِ المُوصِي لكَوْنه نَائِبًا عَنْهُ، وَلوْ أَفْرَزَهَا المُوصِي ثُمَّ هَلكَتْ بَطَلتْ الوَصِيَّةُ. فَكَذَلكَ هَذَا. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الوَصِيَّةَ مَحَلُّ نَفَاذِهَا الثُّلُثُ.

(وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ قِسْمَةَ الوَصِيِّ وَعَزْلهُ لا يَصِحُّ إلا بِالتَّسْليمِ إلى الوَجْهِ الَّذِي

---

(١) أخرجه مسلم في الوصية حديث ١٤، وأبو داود (٢٨٨٠)، والترمذي (١٤٠٣).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٠٠).

سَمَّاهُ المُوصِي لأَنَّهُ لا خَصْمَ لهُ لِيَقْبِضَ وَلَمْ يُوجَدْ التَّسْلِيمُ إلى ذَلكَ الوَجْه فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلكَ قَبْل الإِفْرَازِ وَالعَزْل) وَفِي ذَلكَ يَحُجُّ مِنْ ثُلُث مَا بَقِيَ فَكَذَا فِي هَذَا. هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِمَا يُحَجُّ بِهِ.

وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِمَا يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ المَكَان فَعَلى الاخْتِلاف المَذْكُور فِي الكِتَاب وَهُوَ أَيْضًا وَاضِحٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الحَدِيثَ الَّذِي اسْتَدَلَّ به لأَبِي حَنِيفَةَ ظَاهِرُهُ مَتْرُوكٌ لأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ غَيْرُ هَذه الثَّلاثَة مِنْ الأَعْمَال مُنْقَطِعًا، وَلَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّهَا يُثَابُ عَلَيْهَا. وَمَا هُوَ كَذَلكَ لا يَكُونُ مُنْقَطِعًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَعْمَال كُلَّهَا عَلى ثَلاثَة أَنْوَاعٍ: أَعْمَالٌ عَمِلهَا فَمَضَتْ، وَأَعْمَالٌ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا فَهِيَ بَعْدُ مَعْدُومَةٌ، وَأَعْمَالٌ شَرَعَ فِيهَا وَلَمْ يُتِمَّهَا.

وَالطَّرَفَان لا يُوصَفَان بِالانْقطَاع. أَمَّا الأَوَّلُ؛ فَلأَنَّ المَاضِيَ لا يَحْتَملُ الانْقطَاعَ لكِنْ يَحْتَملُ البُطْلانَ بِمَا يُحْبِطُ ثَوَابَهُ نَعُوذُ بِاللَّه مِنْ ذَلكَ، وَكَذَلكَ الثَّانِي لأَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُود. وَهَذَا؛ لأَنَّ الانْقطَاعَ عبَارَةٌ عَنْ تَفَرُّق أَجْزَائه. وَالمَاضِي بِجَمِيعِ أَجْزَائه لا يُتَصَوَّرُ فيه ذَلكَ وَكَذَلكَ الَّذِي لَمْ يُوجَدْ بِجَمِيعِ أَجْزَائه فَتَعَيَّنَ الَّذِي شَرَعَ فِيه وَلَمْ يُتِمَّهُ.

وَأَمَّا جَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِه مِنْ الكِتَاب وَالسُّنَّة فَهُوَ أَنَّهُ لا تَعَارُضَ بَيْنَ مُوجِب الكِتَاب وَمُوجِب الخَبَرِ؛ لأَنَّ الكِتَابَ مَسُوقٌ لحُكْمِ الآخرَة وَالخَبَرَ لحُكْم الدُّنْيَا، فَيَجُوزُ انْقطَاعُ العَمَل مِنْ حَيْثُ حُكْمُ الدُّنْيَا وَيَبْقَى لهُ ثَوَابُهُ مِنْ حَيْثُ حُكْمُ الآخرَة، كَمَا إذَا **نَوَى الصَّوْمَ فِي رَمَضَانَ وَصَامَهُ إلى نِصْف النَّهَار وَمَاتَ** وَجَبَ عَلَيْه الإِيصَاءُ بِفدْيَة صَوْمِ هَذَا اليَوْمِ كَاملا مِنْ حَيْثُ حُكْمُ الدُّنْيَا وَإِنْ كَانَ هُوَ مُثَابًا فِي الآخرَة بِقَدْرِ مَا صَامَ مِنْ ذَلكَ اليَوْمِ.

وَكَذَلكَ إذَا أَدْرَكَهُ المَوْتُ فِي خلال الصَّلاة، وَكَذَا كُلُّ عَمَلٍ صَالحٍ شَرَعَ فِيه وَلَمْ يُتِمَّهُ، وَكَذَا الجَوَابُ عَنْ الحَدِيث الَّذِي رَوَيَاهُ. وَقَال فِي النِّهَايَة: ثُمَّ تَأْخِيرُ تَعْلِيلهِمَا عَنْ تَعْلِيل أَبِي حَنِيفَةَ يَحْتَملُ أَنْ يَكُونَ لكَوْن قَوْلهِمَا مُخْتَارَ المُصَنِّف لمَا أَنَّ قَوْلهُمَا اسْتحْسَانٌ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ قيَاسٌ، وَالمَأْخُوذُ فِي عَامَّة الصُّوَر حُكْمُ الاسْتحْسَان.

قَال (وَمَن أَهَلَّ بِحَجَّةٍ عَن أَبَوَيهِ يَجزِيهِ أَن يَجعلَهُ عَن أَحدِهِمَا) لأَنَّ مَن حَجَّ عَن غَيرِهِ بِغَيرِ إذنِهِ فَإِنَّمَا يَجعَلُ ثَوَابَ حَجِّهِ لهُ، وَذَلكَ بَعدَ أَدَاءِ الحَجِّ فَلغَت نِيَّتُهُ قَبل أَدَائِهِ، وَصَحَّ جَعلُهُ

ثَوَابَهُ لأَحَدِهِمَا بَعدَ الأدَاءِ، بِخِلافِ المَأمُورِ عَلى مَا فَرَّقنَا مِن قَبلُ، وَاللَّهُ تَعَالى أعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا فَرَّقْنَا مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ يَجْعَلُ ثَوَابَ عَمَلِه لأَحَدِهِمَا إلخْ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الهدي

(الهَديُ أَدنَاهُ شَاةٌ) لَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ سُئِلَ عَنِ الهَدي فَقَالَ: أَدنَاهُ شَاةٌ» قَال (وَهُوَ مِن ثَلاثَةِ أَنوَاعٍ: الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ) لأَنَّهُ ﷺ لَمَّا جَعَلَ الشَّاةَ أَدنَى فَلا بُدَّ أَن يَكُونَ لهُ أَعلى وَهُوَ البَقَرُ وَالجَزُورُ، وَلأَنَّ الهَديَ مَا يُهدَى إلى الحَرَمِ لِيُتَقَرَّبَ بِهِ فِيهِ، وَالأَصنَافُ الثَّلاثَةُ سَوَاءٌ فِي هَذَا المَعنَى

الشرح:

(بَابُ الهَدي): لَمَّا كَثُرَ دَوْرُ لفْظِ الهَدْيِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ المَسَائِلِ نُسُكًا وَجَزَاءً وَمَئُونَةً احْتَاجَ إلى بَيَانِ الهَدْيِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ المَسَائِلِ، وَلَمَّا لَمْ يَخلُ وُجُوبُهُ عَنْ أَحَدِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ أَخَّرَ ذِكْرَهُ عَنْ ذِكْرِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

(وَلا يَجُوزُ فِي الهَدَايَا إلا مَا جَازَ فِي الضَّحَايَا) لأَنَّهُ قُربَةٌ تَعَلَّقَت بِإِرَاقَةِ الدَّمِ كَالأُضحِيَّةِ فَيَتَخَصَّصَانِ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ، (وَالشَّاةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيءٍ إلا فِي مَوضِعَينِ: مَن طَافَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ جُنُبًا. وَمَن جَامَعَ بَعدَ الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ فِيهِمَا إلا البَدَنَةُ) وَقَد بَيَّنَّا المَعنَى فِيمَا سَبَقَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا المَعْنَى فِيمَا سَبَقَ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ بَعْدَ ذِكْرِ رِوَايَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَلأَنَّ الجَنَابَةَ أَغْلَظُ مِنْ الحَدَثِ. وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّهُ أَعْلَى أَنْوَاعِ الارْتِفَاقَاتِ) فَتَغَلَّظَ مُوجِبُهُ.

(وَيَجُوزُ الأَكلُ مِن هَديِ التَّطَوُّعِ وَالمُتعَةِ وَالقِرَانِ) لأَنَّهُ دَمُ نُسُكٍ فَيَجُوزُ الأَكلُ مِنهَا بِمَنزِلَةِ الأُضحِيَّةِ، وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَكَلَ مِن لَحمِ هَديِهِ وَحَسَا مِنَ المَرَقَةِ» وَيُستَحَبُّ لهُ أَن يَأكُلَ مِنهَا لَمَا رَوَينَا، وَكَذَلِكَ يُستَحَبُّ أَن يَتَصَدَّقَ عَلى الوَجهِ الَّذِي عُرِفَ فِي الضَّحَايَا (وَلا يَجُوزُ الأَكلُ مِن بَقِيَّةِ الهَدَايَا) لأَنَّهَا دِمَاءُ كَفَّارَاتٍ، وَقَد صَحَّ «أَنَّ

النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أُحصِرَ بِالحُدَيبِيَةِ وَبَعَثَ الهَدَايَا عَلَى يَدَي نَاجِيَةَ الأَسلمِيِّ قَال لهُ: لا تَأكُل أَنتَ وَرُفقَتُك مِنهَا شَيئًا».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ **الأَكْلُ مِنْ هَدْيِ التَّطَوُّعِ**) يَعْنِي لِلْمُهْدِي وَالأَغْنِيَاءِ إِذَا ذُبِحَ فِي مَحِلِّهِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، وَأَمَّا الفُقَرَاءُ فَيَجُوزُ لَهُمْ الأَكْلُ مِنْ جَمِيعِ الهَدَايَا. وَقَوْلُهُ (وَحَسَا مِنْ المَرَقَةِ) أَيْ شَرِبَ.

وَقَوْلُهُ (وَيُسْتَحَبُّ لهُ أَنْ يَأْكُل مِنْهَا) لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ الجَوَازُ مُسْتَلزِمًا لِلاسْتِحْبَابِ ذَكَرَهُ ثَانِيًا بَيَانًا لِلاسْتِحْبَابِ، وَلَوْ ذَكَرَ الاسْتِحْبَابَ أَوَّلا اسْتَغْنَى عَنْ بَيَانِ الجَوَازِ لاسْتِلزَامِ الاسْتِحْبَابِ إِيَّاهُ. وَقَوْلُهُ لَمَا رَوَيْنَا) إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَكَل مِنْ لَحْمِ هَدْيِهِ».

وَإِنَّمَا أَنَّثَ الضَّمِيرَ فِي مِنْهَا لِلرُّجُوعِ إِلَى **هَدْيِ المُتْعَةِ وَالقِرَانِ** وَالتَّطَوُّعِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَصَدَّقَ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا تَأْكُل أَنْتَ وَرُفْقَتُك مِنْهَا شَيْئًا**» إِنَّمَا نَهَاهُمْ عَنْ الأَكْلِ لأَنَّهُمْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ.

(وَلا يَجُوزُ ذَبحُ هَديِ التَّطَوُّعِ وَالمُتعَةِ وَالقِرَانِ إلا فِي يَومِ النَّحرِ) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ (وَفِي الأَصل يَجُوزُ ذَبحُ دَمِ التَّطَوُّعِ قَبل يَومِ النَّحرِ، وَذَبحُهُ يَومَ النَّحرِ أَفضَلُ وَهذَا هُوَ الصَّحِيحُ) لأَنَّ القُربَةَ فِي التَّطَوُّعَاتِ بِاعتِبَارِ أَنَّهَا هَدَايَا وَذَلك يَتَحَقَّقُ بِتَبلِيغِهَا إلى الحَرَمِ، فَإِذَا وُجِدَ ذَلكَ جَازَ ذَبحُهَا فِي غَيرِ يَومِ النَّحرِ، وَفِي أَيَّامِ النَّحرِ أَفضَلُ لأَنَّ مَعنَى القُربَةِ فِي إِرَاقَةِ الدَّمِ فِيهَا أَظهَرُ.

أَمَّا دَمُ المُتعَةِ وَالقِرَانِ فَلِقَولِهِ تَعَالى: ﴿ فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ۝٢٨ ثُمَّ لْيَقْضُوا۟ تَفَثَهُمْ ﴾ **[الحج: ٢٨، ٢٩] وَقَضَاءُ التَّفَثِ يَختَصُّ بِيَومِ النَّحرِ، وَلأَنَّهُ دَمُ نُسُكٍ فَيَختَصُّ بِيَومِ النَّحرِ كَالأُضحِيَّةِ (وَيَجُوزُ ذَبحُ بَقِيَّةِ الهَدَايَا فِي أَيِّ وَقتٍ شَاءَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجُوزُ إلا فِي يَومِ النَّحرِ اعتِبَارًا بِدَمِ المُتعَةِ وَالقِرَانِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ دَمُ جَبرٍ عِندَهُ. وَلنَا أَنَّ هَذِهِ دِمَاءُ كَفَّارَاتٍ فَلا تَختَصُّ بِيَومِ النَّحرِ لأَنَّهَا لَمَّا وَجَبَت لِجَبرِ النُّقصَانِ كَانَ التَّعجِيلُ بِهَا أَولى لارتِفَاعِ النُّقصَانِ بِهِ مِن غَيرِ تَأخِيرٍ، بِخِلافِ دَمِ المُتعَةِ وَالقِرَانِ لأَنَّهُ دَمُ نُسُكٍ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ **ذَبْحُ هَدْيِ التَّطَوُّعِ**) ظَاهِرٌ وَوَجْهُ الاسْتِدْلال بِقَوْلِه تَعَالى: ﴿ فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ﴿٢٨﴾ ثُمَّ لْيَقْضُواْ تَفَثَهُمْ ﴾ [الحج:٢٨، ٢٩] أَنَّ اللَّهَ تَعَالى عَطَفَ قَضَاءَ التَّفَث عَلى الأَكْل مِنْ بَهِيمَة الأَنْعَامِ الَّتي نَحَرُوهَا (وَقَضَاءُ التَّفَثِ مُخْتَصٌّ بِيَوْمِ النَّحْرِ) فَيَكُونُ النَّحْرُ كَذَلكَ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ ثُمَّ للتَّرَاخِي فَرُبَّمَا يَكُونُ الذَّبْحُ قَبْل يَوْمِ النَّحْرِ وَقَضَاءُ التَّفَث فِيه. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُوجِبَ ثُمَّ فِي التَّرَاخِي يَتَحقَّقُ بالتَّأْخِيرِ سَاعَةً، فَلوْ جَازَ الذَّبْحُ قَبْل يَوْمِ النَّحْرِ جَازَ قَضَاءُ التَّفَث بَعْدَهُ بسَاعَة وَلَيْسَ كَذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ دَمُ نُسُك) أَيْ كُلُّ وَاحد منْهُمَا دَمُ نُسُكٍ وَلَهَذَا حَلَّ لهُ التَّنَاوُلُ منْهُ فَيَخْتَصُّ بِالحَرَمِ كَالأُضْحِيَّة. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ ذَبْحُ بَقِيَّةِ الهَدَايَا) ظَاهِرٌ. وَالفِجَاجُ جَمْعُ الفَجِّ: وَهُوَ الطَّرِيقُ الوَاسعُ بَيْنَ الجَبَلَيْنِ.

قَال (**وَلا يَجُوزُ ذَبْحُ الهَدَايَا إلا فِي الحَرَمِ**) لقَوْله تَعَالى فِي جَزَاءِ الصَّيْد: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ [المائدة: ٩٥] فَصَارَ أَصْلا فِي كُلِّ دَمٍ هُوَ كَفَّارَةٌ، وَلأَنَّ الهَدْيَ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إلى مَكَان وَمَكَانُهُ الحَرَمُ. قَال ﷺ: «**مِنًى كُلُّهَا مَنْحَرٌ، وَفِجَاجُ مَكَّةَ كُلُّهَا مَنْحَرٌ**»[1].

(وَيَجُوزُ أَن يَتَصَدَّقَ بِهَا عَلى مَسَاكِينِ الحَرَمِ وَغَيرِهِم) خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ الصَّدَقَةَ قُربَةٌ مَعقُولَةٌ، وَالصَّدَقَةُ عَلى كُلِّ فَقِيرٍ قُربَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَى مَسَاكِينِ الحَرَمِ وَغَيْرِهِمْ) يَعْنِي بَعْدَمَا ذَبَحَهَا فِي الحَرَمِ.

قَال (وَلا يَجِبُ التَّعرِيفُ بِالهَدَايَا) لأَنَّ الهَديَ يُنبِئُ عَن النَّقل إلى مَكَان ليَتَقَرَّبَ بِإرَاقَةِ دَمِهِ فِيهِ لا عَن التَّعرِيفِ فَلا يَجِبُ، فَإن عُرِفَ بِهَدي المُتعَةِ فَحَسَنٌ لأَنَّهُ يَتَوَقَّتُ بِيَومِ النَّحرِ فَعَسَى أَن لا يَجِدَ مَن يُمسِكُهُ فَيَحتَاجُ إلى أَن يُعَرَّفَ بِهِ، وَلأَنَّهُ دَمُ نُسُكٍ فَيَكُونُ مَبنَاهُ عَلَى التَّشهِيرِ بِخِلافِ دِمَاءِ الكَفَّارَاتِ لأَنَّهُ يَجُوزُ ذَبحُهَا قَبل يَومِ النَّحرِ عَلى مَا ذَكَرنَا وَسَبَبُهَا الجِنَايَةُ فَيَلِيقُ بِهَا السَّترُ.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٣٧)، وابن ماجه (٣٠٤٨)، وأحمد (٣/٣٣٦).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجبُ التَّعْرِيفُ بالهَدَايَا) أَيْ الإتْيَانُ بهَا إلى عَرَفَات. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه لأَنَّها لَمَّا وَجَبَتْ لجَبْرِ النُّقْصَانِ كَانَ التَّعْجِيلُ بِهَا أَوْلى لارْتِفَاعِ النُّقْصَان به

قَال (وَالأفضَلُ فِي البُدنِ النَّحرُ وَفِي البقَرِ وَالغَنَمِ الذَّبحُ) لقَولهِ تَعَالى: ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنۡحَرۡ ﴾ [الكوثر: ٢] قِيل فِي تَأوِيلهِ الجَزُورُ، وَقَال اللّٰهُ تَعالى: ﴿ أَن تَذۡبَحُواْ بَقَرَةٗ ﴾ [البقرة: ٦٧] وَقَال اللّٰهُ تَعَالى: ﴿ وَفَدَيۡنَٰهُ بِذِبۡحٍ عَظِيمٖ ﴾ [الصافات: ١٠٧] وَالذِّبحُ مَا أُعِدَّ للذَّبحِ، وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحرَ الإبِل وَذَبحَ البقَرَ وَالغَنَمَ»[١]، ثُمَّ إن شَاءَ نَحرَ الإبِل فِي الهَدَايَا قِيَامًا وَأَضجعَهَا، وَأَيُّ ذَلك فَعَل فَهُوَ حَسَنٌ.

وَالأفضَلُ أَن يَنحرَهَا قِيَامًا لمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَحرَ الهَدَايَا قِيَامًا»، وَأَصحَابُهُ رَضِيَ اللّٰهُ تَعَالى عَنهُم كَانُوا يَنحَرُونَهَا قِيَامًا مَعقُولةَ اليَدِ اليُسرَى، وَلا يَذبحُ البقَرَ وَالغَنَمَ قِيَامًا لأَنَّ فِي حَالةِ الاضطِجَاعِ المَذبحَ أَبيَنُ فَيَكُونُ الذَّبحُ أَيسَرَ وَالذَّبحُ هُوَ السُّنَّةُ فِيهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالأَفْضَلُ فِي البُدْنِ النَّحْرُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (قِيل فِي تَأْوِيله الجَزُور) يَعْنِي انْحَرْ الجَزُورَ وَكَلامُهُ فِي البَاقِي وَاضِحٌ.

قَال (وَالأَولى أَن يَتَوَلَّى ذَبحَهَا بِنَفسِهِ إذَا كَانَ يُحسِنُ ذَلك) لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَاقَ مِائَةَ بَدَنَةٍ فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ فَنَحرَ نَيِّفًا وَسِتِّينَ بِنَفسِهِ، وَوَلَّى البَاقِيَ عَلِيًّا رَضِيَ اللّٰهُ عَنهُ»، وَلأَنَّهُ قُربَةٌ وَالتَّوَلِّي فِي القُربَاتِ أَولى لمَا فِيهِ مِن زِيَادَةِ الخُشُوعِ، إلا أَنَّ الإنسَانَ قَد لا يَهتَدِي لذَلك وَلا يُحسِنُهُ فَجَوَّزنَا تَولِيَتَهُ غَيرَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَنَحَرَ نَيِّفًا وَسِتِّينَ) النَّيِّفُ بِالتَّشْدِيد كُلُّ مَا كَانَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ وَقَدْ يُخَفَّفُ، وَعَنْ المُبَرِّدِ أَنَّهُ مِنْ وَاحِدَةٍ إلى ثَلاث، وَالنَّضْحُ الرَّشُّ وَالبَلُّ. وَمِنْهُ يُنْضِحُ ضَرْعَهَا بِكَسْرِ الضَّاد.

قَال (وَيَتَصَدَّقُ بِجلالهَا وَخِطَامِهَا وَلا يُعطِي أُجرَةَ الجَزَّارِ مِنهَا) «لقَولهِ ﷺ لعَلِيٍّ

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٤٨، ٥٥٥٩)، ومسلم في الحج (حديث ١١٩، ١٢٠).

ﷺ: «تَصدَّق بِجَلالِهَا وَبِخطمِهَا وَلا تُعطِ أجرَ الجَزَّارِ مِنهَا»[(١)].

(وَمَن سَاقَ بَدَنَةً فَاضطرَّ إلى رُكُوبِهَا رَكِبَهَا، وَإن استغنَى عَن ذَلكَ لم يَركَبهَا) لأنَّهُ جعَلهَا خَالِصَةً للَّهِ تَعَالى، فَمَا يَنبَغِي أَن يَصرِفَ شَيئًا مِن عَينِهَا أَو مَنَافِعِهَا إلى نَفسِهِ إلى أَن يَبلُغَ مَحِلَّهُ، إلا أَن يَحتَاجَ إلى رُكُوبِهَا لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى رَجُلا يَسُوقُ بَدَنَةً فَقَالَ: اركَبهَا وَيلك» وَتَأوِيلُهُ أَنَّهُ كَانَ عَاجِزًا مُحتَاجًا وَلو رَكِبَهَا فَانتَقَصَ بِرُكُوبِهِ فَعَلَيهِ ضَمَانُ مَا نَقَصَ مِن ذَلكَ.

(وَإن كَانَ لهَا لبَنٌ لم يَحلُبهَا) لأنَّ اللَّبَنَ مُتَوَلِّدٌ مِنهَا فَلا يَصرِفهُ إلى حَاجَةِ نَفسِهِ (وَيُنضِحُ ضَرعَهَا بِالمَاءِ البَارِدِ حَتَّى يَنقَطِعَ اللَّبَنُ) وَلكِن هَذَا إذَا كَانَ قَرِيبًا مِن وَقتِ الذَّبحِ فَإن كَانَ بَعِيدًا مِنهُ يَحلُبُهَا وَيَتَصَدَّقُ بِلبَنِهَا كَي لا يَضُرَّ ذَلكَ بِهَا، وَإن صَرَفَهُ إلى حَاجَةِ نَفسِهِ تَصَدَّقَ بِمِثلِهِ أَو بِقِيمَتِهِ لأنَّهُ مَضمُونٌ عَلَيهِ.

(وَمَن سَاقَ هَديًا فَعَطِبَ، فَإن كَانَ تَطَوُّعًا فَليسَ عَلَيهِ غَيرُهُ) لأنَّ القُربَةَ تَعَلَّقَت بِهَذَا المَحَلِّ وَقَد فَاتَ (وَإن كَانَ عَن وَاجِبٍ فَعَلَيهِ أَن يُقِيمَ غَيرَهُ مَقَامَهُ) لأنَّ الوَاجِبَ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ (وَإن أَصَابَهُ عَيبٌ كَبِيرٌ يُقِيمُ غَيرَهُ مَقَامَهُ) لأنَّ المَعِيبَ بِمِثلِهِ لا يَتَأَدَّى بِهِ الوَاجِبُ فَلا بُدَّ مِن غَيرِهِ (وَصَنَعَ بِالمَعِيبِ مَا شَاءَ) لأنَّهُ التَحقَ بِسَائِرِ أَملاكِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَاقَ هَدْيًا فَعَطِبَ) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لَمَ لا يَكُونُ كَأُضْحِيَّةِ الفَقِيرِ فَإِنَّ عَلَيْهِ تَطَوُّعًا وَمَعَ ذَلِكَ وَجَبَ عَلَيْهِ إِعَادَتُهُ إِذَا ضَلَّتْ الشَّاةُ الْمُشْتَرَاةُ لَهَا، حَتَّى لوْ اشْتَرَى غَيْرَهَا ثُمَّ وَجَدَ الضَّالَّةَ وَجَبَ عَلَيْهِ ذَبْحُهَا؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا أَوْجَبَ الفَقِيرُ بِلسَانِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ الشَّاتَيْنِ بَعْدَمَا اشْتَرَاهَا لِلأُضْحِيَّةِ، حَتَّى لوْ لَمْ يَفْعَل كَذَلِكَ لا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ لِلأُضْحِيَّةِ قَال فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ: لوْ اشْتَرَى الفَقِيرُ شَاةً لِلأُضْحِيَّةِ فَمَاتَتْ أَوْ بَاعَهَا لا تَلزَمُهُ أُخْرَى وَكَذَا لوْ ضَلَّتْ.

وَالعَيْبُ الكَبِيرُ هُوَ أَنْ يَذْهَبَ أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِ الأُذُنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ أَنْ يَذْهَبَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِهَا، وَالعَطَبُ بِفَتْحَتَيْنِ: الهَلاكُ، وَمَعْنَى عَطِبَتْ البَدَنَةُ: أَيْ قَرُبَتْ إِلَى العَطَبِ وَبِهَذَا خَرَجَ الجَوَابُ عَمَّا قِيل هَذَا وَقَعَ مُكَرَّرًا بِمَا قَال أَوَّلا وَمَنْ سَاقَ هَدْيًا

(١) أخرجه البخاري (١٧٠٧)، ومسلم في الحج (حديث ٣٤٩).

فَعَطِبَ؛ لأَنَّ ذَاكَ فِي حَقِيقَةِ العَطَبِ وَهَذَا فِي الإِشْرَافِ عَلَيْه. وَالجَزَرُ بِفَتْحَتَيْنِ: اللَّحْمُ الَّذِي يَأْكُلُهُ السِّبَاعُ.

(وَإِذَا عَطِبَت البَدَنَةُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِن كَانَ تَطَوُّعًا نَحَرَهَا وَصَبَغَ نَعلهَا بِدَمِهَا وَضَرَبَ بِهَا صَفحَةَ سَنَامِهَا وَلا يَأكُلُ هُوَ وَلا غَيرُهُ مِن الأَغنِيَاءِ) مِنهَا بِذَلكَ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَاجِيَةَ الأَسلمِيَّ ﷺ وَالمُرَادُ بِالنَّعل قِلادَتُهَا، وَفَائِدَةُ ذَلكَ أَن يَعلمَ النَّاسُ أَنَّهُ هَدِيٌّ فَيَأكُلُ مِنهُ الفُقَرَاءُ دُونَ الأَغنِيَاءِ.

وَهَذَا لأَنَّ الإِذنَ بِتَنَاوُلِهِ مُعَلَّقٌ بِشَرطِ بُلُوغِهِ مَحِلَّهُ، فَيَنبَغِي أَن لا يَحِلَّ قَبل ذَلكَ أَصلا، إلا أَنَّ التَّصَدُّقَ عَلَى الفُقَرَاءِ أَفضَلُ مِن أَن يَترُكَهُ جَزَرًا للسِّبَاعِ، وَفِيهِ نَوعُ تَقَرُّبٍ وَالتَّقَرُّبُ هُوَ المَقصُودُ (فَإِن كَانَت وَاجِبَةً أَقَامَ غَيرَهَا مَقَامَهَا وَصَنَعَ بِهَا مَا شَاءَ) لأَنَّهُ لم يَبقَ صَالحًا لِمَا عَيَّنَهُ وَهُوَ مِلكُهُ كَسَائِرِ أَملاكِهِ.

(وَيُقَلَّدُ هَديَ التَّطَوُّعِ وَالمُتعَةِ وَالقِرَانِ) لأَنَّهُ دَمُ نُسُكٍ، وَفِي التَّقليدِ إظهَارُهُ وَتَشهِيرُهُ فَيَلِيقُ بِهِ (وَلا يُقَلَّدُ دَمَ الإِحصَارِ وَلا دَمَ الجِنَايَاتِ) لأَنَّ سَبَبَهَا الجِنَايَةُ وَالسَّترُ أَليَقُ بِهَا، وَدَمُ الإِحصَارِ جَابِرٌ فَيَلحَقُ بِجِنسِهَا. ثُمَّ ذَكَرَ الهَديَ وَمُرَادُهُ البَدَنَةُ لأَنَّهُ لا يُقَلَّدُ الشَّاةَ عَادَةً. وَلا يُسَنُّ تَقليدُهَا عِندَنَا لعَدَمِ فَائِدَةِ التَّقليدِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا تَقَدَّمَ) إشَارَةً إلَى مَا ذُكِرَ قُبَيْل بَابِ القِرَانِ بِقَوْلِه: (وَتَقْلِيدُ الشَّاةِ غَيْرُ مُعْتَادٍ وَلَيْسَ بِسُنَّةٍ).

مسائل منثورة

(أَهلُ عَرَفَةَ إذَا وَقَفُوا فِي يَومٍ وَشَهِدَ قَومٌ أَنَّهُم وَقَفُوا يَومَ النَّحرِ أَجزَأَهُم) وَالقِيَاسُ أَن لا يَجزِيَهُم اعتِبَارًا بِمَا إذَا وَقَفُوا يَومَ التَّروِيَةِ، وَهَذَا لأَنَّهُ عِبَادَةٌ تَختَصُّ بِزَمَانٍ وَمَكَانٍ فَلا يَقَعُ عِبَادَةً دُونَهُمَا.

وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَت عَلَى النَّفيِ وَعَلَى أَمرٍ لا يَدخُلُ تَحتَ الحُكمِ لأَنَّ المَقصُودَ مِنهَا نَفيُ حَجِّهِم، وَالحَجُّ لا يَدخُلُ تَحتَ الحُكمِ فَلا تُقبَلُ، وَلأَنَّ فِيهِ بَلوَى عَامًا لتَعَذُّرِ الاحتِرَازِ عَنهُ وَالتَّدَارُكُ غَيرُ مُمكِنٍ، وَفِي الأَمرِ بِالإِعَادَةِ حَرَجٌ بَيِّنٌ فَوَجَبَ أَن يَكتَفِيَ بِهِ عِندَ الاشتِبَاهِ، بِخِلافِ مَا إذَا وَقَفُوا يَومَ التَّروِيَةِ لأَنَّ التَّدَارُكَ مُمكِنٌ فِي الجُملَةِ

بِأَن يَزُول الاشتِبَاهُ يوم عرفَة، ولأنَّ جوازَ المُؤخَّرِ لهُ نَظِيرٌ ولا كذلكَ جوازُ المُقدَّمِ.

قَالُوا: يَنبَغِي للحَاكِمِ أن لا يَسمَعَ هَذِهِ الشَّهَادَةَ ويَقُول قَد تَمَّ حَجُّ النَّاسِ فَانصرَفُوا لأَنَّهُ ليسَ فِيهَا إلا إيقَاعُ الفِتنَة. وَكَذَا إذَا شَهِدُوا عَشِيَّةَ عرفَة بِرُؤيَةِ الهِلال، وَلا يُمكِنُهُ الوُقُوفُ فِي بَقِيَّةِ اللَّيل مَعَ النَّاسِ أَو أكثرِهِم لم يَعمَل بِتلكَ الشَّهَادَة.

الشرح:

(**مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ**): منْ عَادَةِ المُصَنِّفينَ أَنْ يَذْكُرُوا فِي آخرِ الكِتَابِ مَا شَذَّ وَنَدرَ منْ المَسَائِل فِي الأَبْوَابِ السَّالفَة فِي فَصْلٍ عَلى حدَة تَكْثيرًا للفَائدَة، وَيُتَرْجمُوا عَنْهُ بِمَسَائِل مَنْثُورَة أَوْ مَسَائِل مُتَفَرِّقَة أَوْ مَسَائِل شَتَّى أَوْ مَسَائِل لَمْ تَدْخُل فِي الأَبْوَاب.

وَصُورَةُ المَسْأَلة أَنْ يَشْهَدَ قَوْمٌ أَنَّهُمْ رَأَوْا **هلال ذي الحجَّة في لَيْلة كَانَ اليَوْمُ الَّذي وَقَفُوا فيه اليَوْمَ العَاشرَ**، وَكَلامُهُ وَاضحٌ لا يَقْبَلُ الشَّرْحَ.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إذَا شَهدُوا عَشيَّةَ عَرَفَةَ) صُورَتُهُ أَنَّ **الشُّهُودَ شَهدُوا في الطَّرِيق قَبْل أَنْ يَلحقُوا عَرَفَات عَشيَّةَ عَرَفَةَ وَقَالُوا: رَأَيْنَا هلال ذي الحجَّة وَهَذَا اليَوْمُ هُوَ التَّاسعُ**، فَإِنْ كَانَ الإمَامُ لا يَلحقُ الوُقُوفَ في بَقيَّة اللَّيْل مَعَ أَكْثَر النَّاس لا تُسْمَعُ هَذه الشَّهَادَةُ وَيَقفُونَ منْ الغَد بَعْدَ الزَّوَال لأَنَّهُمْ لَمَّا شَهدُوا وَقَدْ تَعَذَّرَ الوُقُوفُ صَارَ كَأَنَّهُمْ شَهدُوا بَعْدَ الوَقْت فَلا تُسْمَعُ وَإِنْ كَانَ يَلحقُ الوُقُوفَ مَعَ أَكْثَر النَّاس، وَلَكنْ لا يَلحقُ الضَّعَفَةُ فَإِنْ وَقَفَ جَازَ وَإِلا فَاتَ الحَجُّ لأَنَّهُ تَرَكَ الوُقُوفَ مَعَ العلم به وَالقُدْرَة عَلَيْه لأَنَّ المُعْتَبَرَ قُدْرَةُ الأَكْثَر دُونَ الأَقَلِّ.

قَال (وَمَن رَمَى فِي اليَومِ الثَّانِي الجَمرَةَ الوُسطَى وَالثَّالثَة وَلم يَرمِ الأُولى، فَإِن رَمَى الأُولى ثُمَّ البَاقِيَتَينِ فَحَسَنٌ) لأَنَّهُ رَاعَى التَّرتِيبَ المَسنُونَ (وَلو رَمَى الأُولى وَحدَهَا أَجزَأَهُ) لأَنَّهُ تَدَارَكَ المَترُوكَ فِي وَقتِهِ، وَإنَّمَا تَرَكَ التَّرتِيبَ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجزِيهِ مَا لم يُعِد الكُلَّ لأَنَّهُ شَرَعَ مُرَتَّبًا فَصَارَ كَمَا إذَا سَعَى قَبل الطَّوَافِ أَو بَدَأَ بِالمَروَةِ قَبل الصَّفَا.

وَلنَا أَنَّ كُلَّ جَمرَةٍ قُربَة مَقصُودَةٌ بِنَفسِهَا فَلا يَتَعَلَّقُ الجَوَازُ بِتَقدِيمِ البَعضِ عَلَى البَعضِ، بِخِلافِ السَّعيِ لأَنَّهُ تَابِعٌ للطَّوَافِ لأَنَّهُ دُونَهُ، وَالمَروَةُ عُرِفَت مُنتَهَى السَّعيِ بِالنَّصِّ فَلا تَتَعَلَّقُ بِهَا البُدَاءَةُ.

الشرح:

(وَمَنْ رَمَى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي الجَمْرَةَ الْوُسْطَى وَالثَّالِثَةَ وَلَمْ يَرْمِ الْأُولى) يَعْنِي الَّتِي تَلِي مَسْجِدَ الخَيْفِ ثُمَّ جَاءَ يُعِيدُ الرَّمْيَ فِي يَوْمِهِ، فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى رَمْيِ الَّتِي تَرَكَهَا أَجْزَأَهُ لأَنَّهُ أَتَى بِأَصْلِ الرَّمْيِ فِي وَقْتِهِ، وَإِنَّمَا تَرَكَ الْمَسْنُونَ مِنَ التَّرْتِيبِ وَذَلِكَ لا يُوجِبُ عَلَيْهِ شَيْئًا، وَإِنْ أَعَادَ الجِمَارَ الثَّلاثَ فَحَسَنٌ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ سُنَّةِ التَّرْتِيبِ، وَهَذَا نَظِيرُ مَا سَبَقَ أَنَّ الطَّائِفَ إِذَا دَخَلَ الحَطِيمَ فِي طَوَافِهِ لا يَنْبَغِي لَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ أَعَادَ عَلَى الحَطِيمِ وَحْدَهُ أَجْزَأَهُ، وَإِنْ أَعَادَ الطَّوَافَ كُلَّهُ كَانَ حَسَنًا.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُجْزِئُهُ مَا لَمْ يُعِدْ الكُلَّ لأَنَّهُ شُرِعَ مُرَتَّبًا) تَرْتِيبًا صَارَ بِهِ الثَّانِي كَالجُزْءِ مِنْ الأَوَّلِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ الكُلَّ يَجِبُ دَمٌ وَاحِدٌ فَلا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فَصَارَ تَرْكُ التَّرْتِيبِ فِيهَا كَتَقْدِيمِ السَّعْيِ عَلَى الطَّوَافِ أَوْ الابْتِدَاءِ بِالمَرْوَةِ قَبْلَ الصَّفَا، بِخِلافِ الصَّلَوَاتِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِذَاتِهَا فَلا يَكُونُ التَّرْتِيبُ بَيْنَهَا وَاجِبًا.

(وَلَنَا أَنَّ كُلَّ جَمْرَةٍ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ بِنَفْسِهَا) لِتَعَلُّقِ كُلٍّ مِنْهَا بِبُقْعَةٍ عَلَى حِدَةٍ وَالبُقْعَةُ فِي بَابِ الحَجِّ أَصْلٌ فَكَانَ مَا شُرِعَ فِيهِ أَصْلاً فَلا يَتَعَلَّقُ جَوَازُ البَعْضِ بِبَعْضٍ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَعَادَ مُرَتَّبًا كَانَ مُؤَدِّيًا لا قَاضِيًا. بِخِلافِ الصَّلَوَاتِ فَإِنَّ النَّصَّ فِيهَا نَاطِقٌ بِأَنَّ مَنْ صَلَّى بِلا تَرْتِيبٍ صَلَّى قَبْلَ وَقْتِهَا فَلا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ دُونَهُ) أَيْ؛ لأَنَّ السَّعْيَ دُونَ الطَّوَافِ يَعْنِي أَحَطَّ مَنْزِلَةً مِنْ الطَّوَافِ؛ لأَنَّ الطَّوَافَ فَرْضٌ كَطَوَافِ الزِّيَارَةِ أَوْ مِنْ جِنْسِ الفَرْضِ كَطَوَافِ القُدُومِ، وَأَمَّا السَّعْيُ فَوَاجِبٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَكَانَ دُونَ الطَّوَافِ فَصَلُحَ أَنْ يَكُونَ تَابِعًا لِلطَّوَافِ.

وَقَوْلُهُ (وَالمَرْوَةُ عُرِفَتْ مُنْتَهَى السَّعْيِ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ابْدَءُوا بِمَا بَدَأَ اللَّهُ بِهِ» أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ ﴾ [البقرة: ١٥٨] (فَلا تَتَعَلَّقُ بِهَا البُدَاءَةُ).

قَالَ (وَمَنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا فَإِنَّهُ لا يَرْكَبُ حَتَّى يَطُوفَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ) وَفِي الأَصْلِ خَيَّرَهُ بَيْنَ الرُّكُوبِ وَالمَشْيِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ، وَهُوَ الأَصْلُ لأَنَّهُ الْتَزَمَ القُرْبَةَ بِصِفَةِ الكَمَالِ فَتَلْزَمُهُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ، كَمَا إِذَا نَذَرَ بِالصَّوْمِ مُتَتَابِعًا وَأَفْعَالُ الحَجِّ تَنْتَهِي بِطَوَافِ الزِّيَارَةِ فَيَمْشِي إِلَى أَنْ يَطُوفَهُ.

ثُمَّ قِيلَ: يَبتَدِئُ المَشيَ مِن حِينِ يُحرِمُ، وَقِيلَ مِن بَيتِهِ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّهُ هُوَ المُرَادُ، وَلو رَكِبَا أرَاقَ دمًا لأنَّهُ أدخَلَ نقصًا فِيهِ، قَالُوا إنَّمَا يَركَبُ إذَا بَعُدَت المَسَافَةُ وَشَقَّ عَليهِ المَشيُ، وَإذَا قَرُبَت وَالرَّجُلُ مِمَّن يَعتَادُ المَشيَ وَلا يَشُقُّ عَليهِ يَنبَغِي أن لا يَركَبَ

الشرح:

قَال (**وَمَنْ جعَل عَلى نَفْسه أنْ يَحُجَّ مَاشِيًا**) أيْ وَمَنْ نَذَرَ أنْ يَحُجَّ مَاشيًا وَجَبَ عَلَيْه أنْ لا يَرْكَبَ حَتَّى يَطُوفَ طَوَافَ الزِّيَارَة وَهُوَ روَايَةُ الجَامع الصَّغير وَهُوَ الصَّحيحُ (وَخُيِّرَ في الأَصْل) يَعْني «المَبْسُوطَ» (بَيْنَ الرُّكُوب وَالمَشْي) بَعْدَ النَّذْرِ؛ لأَنَّ الحَجَّ مَاشيًا يُكْرَهُ وَرَاكبًا أَفْضَلُ لكنَّهُ وَرَدَ فيه النَّصُّ عَلى مَا نَذْكُرُهُ فَكَانَ مُخَيَّرًا.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لا يَرْكَبُ، يَعْني روَايَةَ الجَامع الصَّغير تَقْتَضي تَرْكَ الرُّكُوب عَلى سَبيل الوُجُوب لأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْهُ بصيغَة النَّفْي وَهُوَ يَدُلُّ عَلى عَدَم المَشْرُوعيَّة فَكَانَ الرُّكُوبُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ وَهُوَ الأَصْلُ) أيْ المُوَافقُ للقَوَاعد لأَنَّ مَنْ أَوْجَبَ عَلى نَفْسه شَيْئًا عَلى وَجْه الكَمَال لا يَتَأَدَّى نَاقصًا.

وَالمَشْيُ في الحَجِّ صفَةُ كَمَالٍ قَال ﷺ: «**مَنْ حَجَّ مَاشيًا فَلهُ بكُلِّ خُطْوَة حَسَنَةٌ منْ حَسَنَات الحَرَم**»، قيل وَمَا حَسَنَاتُ الحَرَم؟ قَال: «**كُلُّ حَسَنَة بسَبْعمائَة**» وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَال بَعْدَمَا كُفَّ بَصَرُهُ: مَا تَأَسَّفْت عَلى شَيْءٍ كَتَأَسُّفي عَلَى أَنِّي لمْ أَحُجَّ مَاشيًا، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالى قَدَّمَ المُشَاةَ فَقَال تَعَالى: ﴿ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ﴾ [الحج: ٢٧] فَصَارَ كَمَا إذَا نَذَرَ بالصَّوْم مُتَتَابعًا لا يَتَأَدَّى مُتَفرِّقًا.

وَاعْتُرِضَ بوَجْهَيْن: **أَحَدُهُمَا**: أَنَّ النَّذْرَ لا يَصحُّ إلا بمَا لهُ نَظيرٌ في المَشْرُوعَات المَفْرُوضَة أَوْ الوَاجبَة، وَليْسَ للمَشْي نَظيرٌ. **وَالثَّاني**: أَنَّ أَبَا حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ كَرهَ المَشْيَ في طَريق الحَجِّ، فَمَا وَجْهُ مَا ذَكَرَهُ في الكتَاب فَإِنَّهُ يُنَاقضُ ذَلكَ؟.

وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل: بأَنَّ لهُ أَصْلا وَهُوَ أَنَّ **المَكِّيَّ الفَقيرَ إذَا لمْ يَمْلكْ الزَّادَ وَالرَّاحلةَ وَأَمْكَنَهُ المَشْيُ إلى عَرَفَات** وَجَبَ عَلَيْه الحَجُّ مَاشيًا. **وَعَنْ الثَّاني**: بأَنَّ أَبَا حَنيفَةَ مَا كَرِهَ المَشْيَ مُطْلقًا وَإِنَّمَا كَرِهَ الجَمْعَ بَيْنَ الصَّوْمِ وَالمَشْيِ لأَنَّهُ إذَا فَعَل ذَلكَ سَاءَ خُلُقُهُ فَجَادَل وَالجدَالُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ في الحَجِّ.

وَقَوْلُهُ (**وَأَفْعَالُ الحَجِّ تَنْتَهِي بِطَوَافِ الزِّيَارَةِ**) يُريدُ بالأَفْعَال الأَرْكَانَ لا مُطْلقَ

الأَفْعَال، فَإِنَّ رَمْيَ الجِمَارِ وَغَيْرِهِ مِنْ أَفْعَال الحَجِّ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيل) يَعْنِي أَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَذْكُرْ فِي شَيْءٍ مِنْ الكُتُبِ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ يَبْدَأُ. وَاخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيه، فَقِيل: يَبْتَدِئُ مِنْ حِينِ يُحْرِمُ وَعَلَيْهِ الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ وَالإِمَامُ العَتَّابِيُّ وَغَيْرُهُمَا (وَقِيل مِنْ بَيْتِه) وَعَلَيْهِ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ وَمَال إِلَيْه المُصَنِّفُ.

وَقَال (لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ هُوَ المُرَادُ) يَعْنِي أَنَّهُ هُوَ المُتَعَارَفُ وَالعُرْفُ مُعْتَبَرٌ فِي النَّذْرِ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ وَاجِبٌ (فَلَوْ رَكِبَ أَرَاقَ دَمًا لأَنَّهُ أَدْخَل نَقْصًا فِيه) يَدُلُّ عَلى ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ «عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ الجُهَنِيِّ أَنَّهُ جَاءَ إِلى رَسُول اللَّه ﷺ وَقَال: إِنَّ أُخْتِي نَذَرَتْ أَنْ تَحُجَّ مَاشِيَةً حَافِيَةً، فَقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**إِنَّ اللَّهَ تَعَالى لَغَنِيٌّ عَنْ تَعْذِيبِ أُخْتِك مُرْهَا فَلتَرْكَبْ وَلتَذْبَحْ لِرُكُوبِهَا شَاةً**» وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَات «**وَلتُرِقْ دَمًا**».

وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يَعْنِي المَشَايِخَ كَأَنَّهُ بَيَانُ التَّوْفِيقِ بَيْنَ رِوَايَةِ الأَصْل وَرِوَايَة الجَامِع. رَوَى الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ عَنْ الفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ أَنَّهُ قَال: (إِنَّمَا يَرْكَبُ إِذَا بَعُدَتْ المَسَافَةُ وَشَقَّ المَشْيُ، وَأَمَّا إِذَا قَرُبَتْ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَعْتَادُ المَشْيَ وَلا يَشُقُّ عَلَيْه يَنْبَغِي أَنْ لا يَرْكَبَ).

(وَمَن بَاعَ جَارِيَةً مُحرِمَةً قَد أَذِنَ لهَا مَولاهَا فِي ذَلكَ فَللمُشتَرِي أَن يُحلِّلهَا وَيُجَامِعَهَا) وَقَال زُفَرُ: ليسَ لهُ ذَلكَ لأَنَّ هَذَا عَقدٌ سَبَقَ مِلكَهُ فَلا يَتَمَكَّنُ مِن فَسخِهِ كَمَا إِذَا اشتَرَى جَارِيَةً مَنكُوحَةً.

وَلنَا أَنَّ المُشتَرِيَ قَائِمٌ مَقَامَ البَائِعِ وَقَد كَانَ للبَائِعِ أَن يُحلِّلهَا، فَكَذَا المُشتَرِي إِلا أَنَّهُ يُكرَهُ ذَلكَ للبَائِعِ لمَا فِيهِ مِن خَلفِ الوَعدِ، وَهَذَا المَعنَى لم يُوجَد فِي حَقِّ المُشتَرِي، بِخِلافِ النِّكَاحِ لأَنَّهُ مَا كَانَ للبَائِعِ أَن يَفسَخَهُ إِذَا بَاشَرَت بِإِذنِهِ فَكَذَا لا يَكُونُ ذَلكَ للمُشتَرِي، وَإِذَا كَانَ لهُ أَن يُحلِّلهَا لا يَتَمَكَّنُ مِن رَدِّهَا بِالعَيبِ عِندَنَا، وَعِندَ زُفَرَ يَتَمَكَّنُ لأَنَّهُ مَمنُوعٌ عَن غِشيَانِهَا.

(وَ) ذُكِرَ (فِي بَعضِ النُّسَخِ أَو يُجَامِعُهَا) وَالأَوَّلُ يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ يُحَلِّلُهَا بِغَيرِ الجِمَاعِ بِقَصِّ شَعرٍ أَو بِقَلمِ ظُفرٍ ثُمَّ يُجَامِعُ، وَالثَّانِي يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ يُحَلِّلُهَا بِالمُجَامَعَةِ لأَنَّهُ لا يَخلُو عَن تَقدِيمِ مَسٍّ يَقَعُ بِهِ التَّحَلُّلُ، وَالأَولى أَن يُحَلِّلهَا بِغَيرِ المُجَامَعَةِ تَعظِيمًا لأَمرِ الحَجِّ، وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً مُحْرِمَةً) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ (وَقَدْ كَانَ للبَائِعِ) يَعْنِي عَلى ظَاهِرِ

الرِّوَايَةِ وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ **الْمَوْلَى إِذَا أَذِنَ لِلعَبْدِ فِي الْحَجِّ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ** لأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِالإِذْنِ فَصَارَ العَبْدُ كَالحُرِّ إلا أَنَّ المُشْتَرِيَ لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ؛ لأَنَّ الإِحْرَامَ لَمْ يَقَعْ بِإِذْنِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ النِّكَاحِ لأَنَّهُ مَا كَانَ لِلبَائِعِ فَسْخُهُ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرَ. وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ إِذَا كَانَ بِإِذْنِهِ لَمَا أَنَّ النِّكَاحَ حَقُّ الزَّوْجِ فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ بِإِذْنِ المَالِكِ فَلا يَتَمَكَّنُ المَالِكُ مِنْ فَسْخِهِ وَإِنْ بَقِيَ مِلْكُهُ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَبْدِ بِهِ كَالرَّاهِنِ لَيْسَ لَهُ وِلايَةُ الاسْتِمْتَاعِ بِالمَرْهُونِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بِإِذْنِهِ، وَالمُشْتَرِي قَامَ مَقَامَهُ بَعْدَ الشِّرَاءِ، فَكَذَلِكَ لا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ أَيْضًا، وَأَمَّا هَهُنَا فَقَدْ اجْتَمَعَ فِي الجَارِيَةِ حَقَّانِ: حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فِي الإِحْرَامِ. وَحَقُّ المُشْتَرِي فِي الاسْتِمْتَاعِ، فَيُقَدَّمُ حَقُّ العَبْدِ لِحَاجَتِهِ عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى لِغِنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ) أَيْ نُسَخِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ (أَوْ يُجَامِعُهَا) يَعْنِي قَالَ: فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُحَلِّلَهَا أَوْ يُجَامِعَهَا، وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ. وَهَذَا آخِرُ العِبَادَاتِ، وَاللَّهُ تَعَالَى هُوَ المُعِينُ عَلَى الإِتْمَامِ.

كتاب النكاح

(النِّكَاحُ يَنعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُول بِلفظَينِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَن المَاضِي) لأَنَّ الصِّيغَةَ وَإِن كَانَت للإِخبَارِ وَضعًا فَقَد جُعِلت للإِنشَاءِ شَرعًا دَفعًا للحَاجَةِ

الشرح:

لَمَّا فَرَغَ مِنْ العِبَادَاتِ شَرَعَ فِي المُعَامَلاتِ وَابْتَدَأَ مِنْ بَيْنِهَا بِالنِّكَاحِ؛ لأَنَّ فِيهِ مَصَالِحَ الدِّينِ وَالدُّنْيَا، وَقَدْ اشْتَهَرَتْ فِي وَعِيدِ مَنْ رَغِبَ عَنْهُ وَتَحْرِيضِ مَنْ رَغِبَ فِيهِ الآثَارُ، وَمَا اتَّفَقَ فِي حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الشَّرْعِ مِثْلُ مَا اتَّفَقَ فِي النِّكَاحِ مِنْ اجْتِمَاعِ دَوَاعِي الشَّرْعِ وَالعَقْلِ وَالطَّبْعِ.

فَأَمَّا دَوَاعِي الشَّرْعِ مِنْ الكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإِجْمَاعِ فَظَاهِرَةٌ. وَأَمَّا دَوَاعِي العَقْلِ فَإِنَّ كُلَّ عَاقِلٍ يُحِبُّ أَنْ يَبْقَى اسْمُهُ وَلا يَنْمَحِي رَسْمُهُ، وَمَا ذَاكَ غَالِبًا إلا بِبَقَاءِ النَّسْلِ. وَأَمَّا الطَّبْعُ فَإِنَّ الطَّبْعَ البَهِيمِيَّ مِنْ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى يَدْعُو إلى تَحْقِيقِ مَا أُعِدَّ مِنْ المُبَاضَعَاتِ الشَّهْوَانِيَّةِ وَالمُضَاجَعَاتِ النَّفْسَانِيَّةِ، وَلا مَزْجَرَةَ فِيهَا إِذَا كَانَتْ بِأَمْرِ الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَتْ بِدَوَاعِي الطَّبْعِ بَل يُؤْجَرُ عَلَيْهِ، بِخِلافِ سَائِرِ المَشْرُوعَاتِ.

وَالنِّكَاحُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ الوَطْءِ، ثُمَّ قِيلَ لِلتَّزَوُّجِ نِكَاحٌ مَجَازًا لأَنَّهُ سَبَبٌ لهُ، وَقِيلَ هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا.

وَفِي الاصْطِلاحِ عَقْدٌ وُضِعَ لِتَمْلِيكِ مَنَافِعِ البُضْعِ. وَسَبَبُهُ تَعَلُّقُ البَقَاءِ المَقْدُورِ بِتَعَاطِيهِ. **وَشَرْطُهُ الخَاصُّ حُضُورُ شَاهِدَيْنِ** لا يَنْعَقِدُ إلا بِهِ، بِخِلافِ بَقِيَّةِ الأَحْكَامِ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ فِيهَا لِلظُّهُورِ عِنْدَ الحَاكِمِ لا الانْعِقَادِ. وَشَرْطُهُ العَامُّ الأَهْلِيَّةُ بِالعَقْلِ وَالبُلُوغِ وَالمَحَلِّ، وَهِيَ امْرَأَةٌ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ نِكَاحِهَا مَانِعٌ شَرْعِيٌّ. وَرُكْنُهُ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ كَمَا فِي سَائِرِ العُقُودِ؛ وَالإِيجَابُ هُوَ المُتَلَفَّظُ بِهِ أَوَّلا مِنْ أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَالقَبُولُ جَوَابُهُ.

وَحُكْمُهُ ثُبُوتُ الحِلِّ عَلَيْهَا وَوُجُوبُ المَهْرِ عَلَيْهِ وَحُرْمَةُ المُصَاهَرَةِ وَالجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ، وَهُوَ فِي حَالَةِ التَّوَقَانِ وَاجِبٌ؛ لأَنَّ التَّحَرُّزَ عَنْ الزِّنَا وَاجِبٌ وَهُوَ لا يَتِمُّ إلا بِالنِّكَاحِ، وَمَا لا يَتِمُّ الوَاجِبُ إلا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ، وَفِي حَالَةِ الاعْتِدَالِ مُسْتَحَبٌّ، وَفِي حَالَةِ خَوْفِ الجَوْرِ مَكْرُوهٌ.

قَال (النِّكَاحُ يَنعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُول) قَد ذَكَرت مَعنَى الانعِقَادِ فِي كِتَابِ البُيُوعِ

عَلى مَا سَيَأتِي وَقولُهُ (يُعَبِّرُ بِهِمَا) أَي بِلفظٍ وَيُبَيِّنُ؛ لأَنَّ التَّعبِيرَ البَيَانُ، قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ إِن كُنتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ ﴾ [يوسف: ٤٣] أَي تُبَيِّنُونَ، وَإِنَّمَا أُختِيرَ لفظُ المَاضِي للإِنشَاءِ وَهُوَ الكَلامُ الَّذِي ليسَ لِنِسبَتِهِ خَارِجٌ تُطَابِقُهُ أَو لا تُطَابِقُهُ لِيَدُلَّ عَلى التَّحَقُّقِ وَالثُّبُوتِ فَكَانَ أَدَلَّ عَلى قَضَاءِ الحَاجَةِ.

(وَيَنعَقِدُ بِلفظَينِ يُعَبِّرُ بِأَحَدِهِمَا عَن المَاضِي وَبِالآخَرِ عَن المُستَقبَلِ، مِثل أَن يَقُولَ: زَوِّجنِي، فَيَقُولَ: زَوَّجتُك) لأَنَّ هَذَا تَوكِيلٌ بِالنِّكَاحِ وَالوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفَي النِّكَاحِ عَلى مَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا نُبَيِّنُهُ) يَعْنِي فِي أَوَّل فَصْل الوَكَالة فِي النِّكَاح.

(وَيَنعَقِدُ بِلفظِ النِّكَاحِ وَالتَّزوِيجِ وَالهِبَةِ وَالتَّمليكِ وَالصَّدَقَةِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنعَقِدُ إِلا بِلفظِ النِّكَاحِ وَالتَّزوِيجِ لأَنَّ التَّمليكَ ليسَ حَقِيقَةً فِيهِ وَلا مَجَازًا عَنهُ لأَنَّ التَّزوِيجَ للتَّلفِيقِ وَالنِّكَاحَ للضَّمِّ، وَلا ضَمَّ وَلا ازدِوَاجَ بَينَ المَالكِ وَالمَملُوكَةِ أَصلا. وَلنَا أَنَّ التَّمليكَ سَبَبٌ لِملكِ المُتعَةِ فِي مَحَلِّهَا بِوَاسِطَةِ مِلكِ الرَّقَبَةِ وَهُوَ الثَّابِتُ بِالنِّكَاحِ وَالسَّبَبِيَّةُ طَرِيقُ المَجَازِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَنْعَقدُ بلفْظ النِّكَاحِ) بَيَانُ **أَلفَاظ يَنْعَقدُ بهَا النِّكَاحُ** (وَقَال الشَّافعيُّ لا يَنْعَقدُ إلا بلفْظ النِّكَاحِ وَالتَّزْويجِ) لأَنَّهُ إنْ انْعَقَدَ بغَيْره مثْلُ التَّمْليك مَثَلا، فَإمَّا أَنْ يَنْعَقدَ به منْ حَيْثُ إنَّهُ حَقيقَةٌ أَوْ منْ حَيْثُ إنَّهُ مَجَازٌ لا سَبيل إلى الأَوَّل لأَنَّهُ لوْ كَانَ حَقيقَةً كَانَ التَّمْليكُ وَالتَّزْويجُ مُتَرَادفَيْنِ، وَلَيْسَ كَذَلكَ إذْ التَّمْليكُ يُوجَدُ بغَيْرِ نكَاحٍ وَلا إلى الثَّاني لعَدَم المُنَاسَبَة بَيْنَهُمَا.

(لأَنَّ التَّزْويجَ للتَّلفيق) يُقَالُ: لفَّقت بَيْنَ ثَوْبَيْنِ وَلفَّقْت أَحَدَهُمَا بالآخَر، إذَا لاءَمْتَ بَيْنَهُمَا بالخيَاطَة (وَالنِّكَاحُ للضَّمِّ، وَلا ضَمَّ وَلا ازْدوَاجَ بَيْنَ المَالك وَالمَمْلُوكَة أَصْلا) فَلا مُنَاسَبَةَ بَيْنَهُمَا. وَقُلنَا المُنَاسَبَةُ بَيْنَهُمَا مَوْجُودَةٌ؛ لأَنَّ (التَّمْليكَ سَبَبٌ لملك المُتْعَة في مَحَلِّهَا) يَعْني أَنَّ تَمْليكَ الرَّقَبَة سَبَبٌ لملك المُتْعَة إذَا صَادَفَتْ مَحَلَّ المُتْعَة لإفْضَائه إليْه.

(وَ) ملكُ المُتْعَة (هُوَ الثَّابتُ بالنِّكَاح وَالسَّبَبيَّةُ طَريقُ المَجَاز) وَقُيِّدَ بقَوْله في

مَحلّهَا احْتِرَازًا عَنْ تَمْلِيكِ الغِلمَانِ وَالبَهَائِمِ وَالأُخْتِ الرَّضَاعِيَّةِ وَالأَمَةِ المَجُوسِيَّةِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لِملكِ المُتْعَةِ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ ملكَ الرَّقَبَةِ إذَا وَرَدَ عَلَى ملكِ النِّكَاحِ أَفْسَدَهُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ النِّكَاحُ بِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إفْسَادَهُ لِلنِّكَاحِ لَيْسَ مِنْ حَيْثُ تَحْرِيمُ الوَطْءِ لا مَحَالَةَ، بَل مِنْ حَيْثُ إبْطَالُ ضَرْبِ مَالِكِيَّةٍ لَهَا فِي مُوَاجَبِ النِّكَاحِ مِنْ طَلَبِ القَسْمِ وَتَقْدِيرِ النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى وَالمَنْعِ عَنْ العَزْلِ، وَحِينَئذٍ لا مُنَافَاةَ بَيْنَ مَا يُثْبِتُهُ وَيَنْفِيه فَجَازَتْ الاسْتِعَارَةُ.

وَيَنعَقِدُ بِلفظِ البَيعِ هُوَ الصَّحِيحُ لِوُجُودِ طَرِيقِ المَجَازِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَيَنْعَقِدُ بِلفْظِ البَيْعِ**) يَعْنِي بِأَنْ تَقُول المَرْأَةُ بِعْتُك نَفْسِي أَوْ قَال أَبُوهَا بِعْتُك بِنْتِي بِكَذَا وَكَذَا بِلفْظِ الشِّرَاءِ بِأَنْ قَال الرَّجُلُ لامْرَأَةٍ اشْتَرَيْتُك بِكَذَا فَأَجَابَتْ بِنَعَمْ، أَشَارَ إليْهِ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الحُدُودِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ الأَعْمَشِ إنَّهُ لا يَنْعَقِدُ بِلفْظِ البَيْعِ لأَنَّهُ خَاصٌّ لِتَمْلِيكِ مَالٍ وَالمَمْلُوكُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِمَالٍ، وَوَجْهُ الصَّحِيحِ وُجُودُ طَرِيقِ المَجَازِ.

(وَلا يَنعَقِدُ بِلفظِ الإِجَارَةِ) فِي الصَّحِيحِ لأَنَّهُ ليسَ بِسَبَبٍ لِملكِ المُتعَةِ (وَ) لا بِلفظِ (الإِبَاحَةِ وَالإِحلال وَالإِعَارَةِ) لمَا قُلنَا (وَ) لا بِلفظِ (الوَصِيَّةِ) لأَنَّهَا تُوجِبُ المِلكَ مُضَافًا إلى مَا بَعدَ المَوتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلا يَنْعَقِدُ بِلفْظِ الإِجَارَةِ** فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الكَرْخِيِّ إنَّهُ يَنْعَقِدُ بِهَا؛ لأَنَّ المُسْتَوْفَى بِالنِّكَاحِ مَنْفَعَةٌ فِي الحَقِيقَةِ وَإِنْ جُعِلَ فِي حُكْمِ العَيْنِ، وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى العِوَضَ أَجْرًا فِي قَوْلِه تَعَالَى: ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء: ٢٤] وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الإجَارَةِ. وَوَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ الإجَارَةَ لا تَنْعَقِدُ شَرْعًا إلا مُؤَقَّتَةً، وَالنِّكَاحُ لا يَنْعَقِدُ إلا مُؤَبَّدًا فَكَانَ بَيْنَ مُوجِبَيْهِمَا تَنَافٍ فَلا تَجُوزُ الاسْتِعَارَةُ.

فَقَال المُصَنِّفُ (لأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِملكِ المُتْعَةِ) لِعَدَمِ إفْضَائِهَا إليْهِ (وَلا بِلفْظِ الإِبَاحَةِ وَالإِحْلال وَالإِعَارَةِ لِمَا قُلنَا) يَعْنِي قَوْلهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِملكِ المُتْعَةِ، وَذَلِكَ؛ لأَنَّ لفْظَ الإِبَاحَةِ وَالإِحْلال لا يُوجِبُ مِلكًا أَصْلا، فَإِنَّ مَنْ أَحَلَّ لِغَيْرِهِ طَعَامًا أَوْ أَبَاحَهُ لهُ لا يَمْلِكُهُ فَإِنَّمَا

يُتْلفُهُ عَلى ملكِ المُبيحِ (وَلا بلفظِ الوَصيَّة لأنَّهَا تُوجبُ الملكَ مُضَافًا إلى مَا بَعْدَ المَوْت) وَلوْ صَرَّحَ بِلفْظ النِّكَاحِ إلى مَا بَعْدَ المَوْتِ لَمْ يَصِحَّ؛ لأنَّ مَا بَعْدَ المَوْتِ زَمَانُ انْتِهَاءِ ملكِ النِّكَاحِ وَبُطْلانه لا زَمَانُ ثُبُوته.

قَال (وَلا يَنعقدُ نِكاحُ المُسلمِينَ إلا بِحُضُورِ شَاهِدَينِ حُرَّينِ عَاقِلينِ بَالغَينِ مُسلمَينِ رَجُلينِ أَو رَجُلٍ وَامرأتَينِ عُدُولا كَانُوا أَو غَيرَ عُدُولٍ أَو مَحدُودِينَ فِي القَذفِ) اعلم أَنَّ الشَّهَادَةَ شَرطٌ فِي بَابِ النِّكَاحِ لقَولِه ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إلا بِشُهُودٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلى مَالكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اشتِرَاطِ الإعلانِ دُونَ الشَّهَادَةِ.

الشرح:

قَال (وَلا يَنْعَقدُ نكَاحُ المُسْلمينَ إلا بحُضُور شَاهدَيْن حُرَّيْن عَاقلَيْن بَالغَيْن مُسْلمَيْن أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولا كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُول) أَمَّا اشْتِرَاطُ الشَّهَادَة فَلقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا نكَاحَ إلا بشُهُود» وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ خَبَرٌ وَاحدٌ فَلا يَجُوزُ تَخْصِيصُ قَوْله تَعَالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٣] وَغَيْرُهُ منْ الآيَات به. وَأَجَابَ الإمَامُ فَخْرُ الإسْلامِ بِأَنَّ هَذَا حَديثٌ مَشْهُورٌ تَلقَّتْهُ الأُمَّةُ بِالقَبُول فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ به عَلى كتَاب اللَّه.

(وَهُوَ حُجَّةٌ عَلى مَالكٍ فِي اشْتِرَاط الإعْلان دُونَ الشَّهَادَة) حَتَّى لوْ أَعْلنُوا بِحُضُورِ الصِّبْيَان وَالمَجَانينِ صَحَّ، وَلوْ أَمَرَ الشَّاهدَيْنِ أَنْ لا يُظْهِرَا العَقْدَ لَمْ يَصِحَّ لقَوْله عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَعْلنُوا النِّكَاحَ وَلوْ بِالدُّفِّ» وَالجَوَابُ أَنَّ الإعْلانَ يَحْصُلُ بِحُضُورِ الشَّاهِدَيْنِ حَقيقَةً.

وَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِ الحُرِّيَّةِ فِيهَا لأنَّ العَبدَ لا شَهَادَةَ لهُ لعَدَمِ الوِلايَةِ، وَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِ العَقل وَالبُلُوغِ، لأنَّهُ لا وِلايَةَ بِدُونِهِمَا، وَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِ الإسلامِ فِي أَنكِحَةِ المُسلمِينَ لأنَّهُ لا شَهَادَةَ للكَافِرِ عَلى المُسلمِ، وَلا يُشتَرَطُ وَصفُ الذُّكُورَةِ حَتَّى يَنعَقِدَ بِحُضُورِ رَجُلٍ وَامرأتَينِ " وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى، وَسَتَعرِفُ فِي الشَّهَادَاتِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

الشرح:

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الحُرِّيَّةِ فَلأَنَّ العَبْدَ لا شَهَادَةَ لهُ (لعَدَمِ الوِلايَةِ) وَالشَّهَادَةُ مِنْ بَابِ

الوِلايَةِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الوِلايَةَ عِبَارَةٌ عَنْ نَفَاذِ القَوْلِ عَلى الغَيْرِ شَاءَ أَوْ أَبى. وَذَلِكَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ الأَدَاءِ، وَكَلامُنَا فِي حَالَةِ الانْعِقَادِ، فَكَمَا يَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ المَحْدُودِينَ فِي القَذْفِ فَلْيَنْعَقِدْ بِشَهَادَةِ العَبْدَيْنِ إِذْ الوِلايَةُ لا مَدْخَلَ لَهَا فِي هَذِهِ الحَالِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَدَاءَ يَحْتَاجُ إِلى وِلايَةٍ مُتَعَدِّيَةٍ وَلَيْسَتْ بِمُرَادَةٍ هَهُنَا. وَإِنَّمَا المُرَادُ بِهَا الوِلايَةُ القَاصِرَةُ تَعْظِيمًا لِخَطَرِ أَمْرِ النِّكَاحِ كَاشْتِرَاطِ أَصْلِ الشَّهَادَةِ.

وَكَذَلِكَ اعْتِبَارُ العَقْلِ وَالبُلُوغِ (لأَنَّهُ لا وِلايَةَ بِدُونِهِمَا وَلا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الإِسْلامِ) قَالَ المُصَنِّفُ (لأَنَّهُ لا شَهَادَةَ لِلكَافِرِ عَلى المُسْلِمِ) يَعْنِي أَنَّهُ مِنْ بَابِ الوِلايَةِ، وَلا وِلايَةَ لَهُ عَلى المُسْلِمِ، وَفِيهِ النَّظَرُ الَّذِي مَرَّ أَنَّهُ لَيْسَ المُرَادُ بِهِ الأَدَاءَ حَتَّى تَكُونَ الوِلايَةُ شَرْطًا.

وَالجَوَابُ أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ وَصِفَةَ الشَّاهِدَيْنِ إِنَّمَا كَانَتْ تَعْظِيمًا وَلا تَعْظِيمَ لِشَيْءٍ بِسَبَبِ حُضُورِهِ لِلكُفَّارِ (وَلا يُشْتَرَطُ وَصْفُ الذُّكُورَةِ حَتَّى **يَنْعَقِدَ بِحُضُورِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ** خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ) وَوَعَدَ المُصَنِّفُ بِبَيَانِ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَاتِ وَنَحْنُ تَابَعْنَاهُ فِي ذَلِكَ.

وَلا تُشتَرَطُ العَدَالَةُ حَتَّى يَنعَقِدَ بِحَضرَةِ الفَاسِقَينِ عِندَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ مِن بَابِ الكَرَامَةِ وَالفَاسِقُ مِن أَهلِ الإِهَانَةِ. وَلَنَا أَنَّهُ مِن أَهلِ الوِلايَةِ فَيَكُونُ مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ، وَهَذَا لأَنَّهُ لَمَّا لَم يُحرَم الوِلايَةَ عَلى نَفسِهِ لإِسلامِهِ لا يُحرَمُ عَلى غَيرِهِ لأَنَّهُ مِن جِنسِهِ، وَلأَنَّهُ صَلَحَ مُقَلَّدًا فَيَصلُحُ مُقَلِّدًا وَكَذَا شَاهِدًا. وَالمَحدُودُ فِي القَذفِ مِن أَهلِ الوِلايَةِ فَيَكُونُ مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ تَحَمُّلًا، وَإِنَّمَا الفَائِتُ ثَمَرَةُ الأَدَاءِ بِالنَّهيِ لِجَرِيمَتِهِ فَلا يُبَالِي بِفَوَاتِهِ كَمَا فِي شَهَادَةِ العُميَانِ وَابنَي العَاقِدَينِ.

الشرح:

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ فَاسِقَيْنِ عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ (الشَّهَادَةُ مِنْ الكَرَامَةِ) لأَنَّ فِي اعْتِبَارِ قَوْلِهِ فِي نَفْسِهِ وَنَفَاذِهِ عَلى الغَيْرِ إِكْرَامًا لَهُ لا مَحَالَةَ (وَالفَاسِقُ مِنْ أَهْلِ الإِهَانَةِ) لِجَرِيمَتِهِ، وَدَلِيلُهُ يَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ: وَالفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الكَرَامَةِ، وَلكِنْ عَدَلَ عَنْهُ إِلى مَا ذُكِرَ لأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ، وَفِيهِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ تَرْكِ الإِكْرَامِ وَهُوَ الإِهَانَةُ.

(وَلَنَا أَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الوِلايَةِ) عَلى نَفْسِهِ لأَنَّ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ نَفْسَهُ وَعَبْدَهُ وَأَمَتَهُ

وَيُقِرَّ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِهِ مِنْ القَتْلِ وَغَيْرِهِ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ فَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: الوِلَايَةُ عَلَى نَفْسِهِ وِلَايَةٌ قَاصِرَةٌ، وَلا نُسَلِّمُ أَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّهَا مُتَعَدِّيَةٌ إِلَى غَيْرِهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ: يَعْنِي (لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُحْرَمْ الوِلَايَةَ عَلَى نَفْسِهِ لِإِسْلَامِهِ لَمْ يَحْرُمْ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ) كَمَا أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لَهُمْ وِلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَلَهُمْ الوِلَايَةُ عَلَى غَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الفِسْقَ لا يُخْرِجُ المَرْءَ مِنْ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الأَدَاءِ، وَفِيهِ الإِلْزَامُ، فَلَأَنْ لا يَخْرُجَ عَنْهَا عَلَى الانْعِقَادِ وَلا إِلْزَامَ فِيهِ أَوْلَى.

(وَلِأَنَّهُ صَلُحَ مُقَلِّدًا) كَالحَجَّاجِ وَغَيْرِهِ، فَإِنَّ الأَئِمَّةَ بَعْدَ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ قَلَّمَا يَخْلُو وَاحِدٌ مِنْهُمْ عَنْ فِسْقٍ (فَيَصْلُحُ مُقَلَّدًا) أَيْ قَاضِيًا (فَكَذَا شَاهِدًا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ وَالقَضَاءَ مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ. وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنْ تَكُونَ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ مُرَتَّبَةٌ عَلَى أَهْلِيَّةِ القَضَاءِ، وَقَدْ ذُكِرَ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي أَنَّ أَهْلِيَّةَ القَضَاءِ مُسْتَفَادَةٌ مِنْ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ، وَلَوْ قَالَ بِالوَاوِ كَانَ أَحْسَنَ.

لا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَتَّبًا عَلَى مُقَلِّدًا بِكَسْرِ اللامِ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ السَّلْطَنَةِ لَيْسَتْ مُسْتَفَادَةً مِنْ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ عَكْسَهُ كَذَلِكَ. وَالجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى كَلَامِهِ إِذَا كَانَ الفِسْقُ لا يَمْنَعُ عَنْ وِلَايَةٍ هِيَ أَعَمُّ ضَرَرًا فَلَأَنْ لا يَمْنَعَ عَنْ وِلَايَةٍ عَامِّ الضَّرَرِ أَوْ خَاصِّهِ أَوْلَى، وَالتَّرْتِيبُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ غَيْرُ خَافِي الصِّحَّةِ. وَلَوْ قَالَ الفَاسِقُ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ القَاصِرَةِ بِلا خِلَافٍ فَيَصْلُحُ شَاهِدًا عَلَى الانْعِقَادِ لِأَنَّهُ لا إِلْزَامَ فِيهِ وَكَانَتْ الوِلَايَةُ قَاصِرَةً لَكَانَ أَسْهَلَ تَأَتِّيًا.

وَيَنْعَقِدُ بِحُضُورِ المَحْدُودِ فِي القَذْفِ لِأَنَّهُ (مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ) عَلَى مَا مَرَّ (فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ تَحَمُّلًا) لا أَدَاءً. فَإِنْ قُلْت: النُّكْتَةُ المَذْكُورَةُ فِي الفَاسِقِ أَوَّلًا تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ لِلْمَحْدُودِ فِي القَذْفِ شَهَادَةٌ مُتَعَدِّيَةٌ وَلَمْ تَكُنْ فَكَانَتْ مَنْقُوضَةً. قُلْت: كَانَ كَذَلِكَ لَوْلَا النَّصُّ القَاطِعُ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا الفَائِتُ ثَمَرَةُ الأَدَاءِ بِالنَّهْيِ لِجَرِيمَتِهِ فَلا يُبَالِي بِفَوَاتِهِ كَمَا فِي شَهَادَةِ

العُمْيان) مَعْذِرَةٌ عَنْ عَدَمِ قَبُول شَهَادَةِ المَحْدُود فِي قَذْف بَعْدَمَا كَانَ مِنْ أَهْل الوِلايَةِ كَالفَاسِقِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ السُّؤَال الَّذِي ذَكَرْته آنفًا، وَالطَّرِيقُ الَّذِي ذَكَرْته فِي الفَاسِقِ أَسْهَلُ مَأْخَذًا.

قَال (وَإِن تَزَوَّجَ مُسلمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لا يَجُوزُ) لأَنَّ السَّمَاعَ فِي النِّكَاحِ شَهَادَةٌ وَلا شَهَادَةَ للكَافِرِ عَلَى المُسلمِ فَكَأَنَّهُمَا لم يَسمَعَا كَلامَ المُسلمِ.

وَلهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ شُرِطَت فِي النِّكَاحِ عَلَى اعتِبَارِ إِثبَاتِ المِلكِ لوُرُودِهِ عَلَى مَحَلٍّ ذِي خَطَرٍ لا عَلَى اعتِبَارِ وُجُوبِ المَهرِ إذ لا شَهَادَةَ تُشتَرَطُ فِي لُزُومِ المَال وَهُمَا شَاهِدَانِ عَليهَا، بِخِلافِ مَا إِذَا لم يَسمَعَا كَلامَ الزَّوجِ لأَنَّ العَقدَ يَنعَقِدُ بِكَلامَيهِمَا وَالشَّهَادَةُ شُرِطَت عَلَى العَقدِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَة ذِمِّيَّيْن جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ لا يَجُوزُ لأَنَّ السَّمَاعَ) أَيْ سَمَاعَ كَلامِ العَاقِدَيْنِ مِنْ الإِيجَابِ وَالقَبُول (فِي النِّكَاحِ شَهَادَةٌ) وَهَذَا ظَاهِرٌ لأَنَّا لا نُرِيدُ مِنْ الشَّهَادَةِ عَلَى النِّكَاحِ إلا ذَلكَ (وَلا شَهَادَةَ للكَافِرِ عَلَى المُسْلمِ) وَهَذَا بِالاتِّفَاق.

(فَكَأَنَّهُمَا لَمْ يَسْمَعَا كَلامَ الزَّوْجِ، وَلهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ، شُرِطَتْ فِي النِّكَاحِ عَلَى اعْتِبَارِ إِثْبَاتِ المِلكِ) وَتَرْكِيبُ الحُجَّة، هَكَذَا الشَّهَادَةُ فِي النِّكَاحِ، شُرِطَتْ عَلَى اعْتِبَارِ إِثْبَاتِ المِلكِ عَلَيْهَا، وَكُلُّ مَا شُرِطَتْ عَلَى اعْتِبَارِ إِثْبَاتِ المِلكِ عَلَيْهَا شَهَادَةٌ عَلَيْهَا فَالشَّهَادَةُ فِي النِّكَاحِ شَهَادَةٌ عَلَيْهَا.

وَبَيَّنَ المُصَنِّفُ المُقَدِّمَةَ الأُولى بِقَوْله (لوُرُودِهِ عَلى مَحَلٍّ ذِي خَطَرٍ). وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي النِّكَاحِ حَال الانْعِقَادِ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ لإِثْبَات ملك المُتْعَة عَلَيْهَا إِبَانَةً لخَطَرِ المَحَلِّ، أَوْ لإِثْبَاتِ ملكِ المَهْرِ عَليْهِ. وَالثَّانِي مُنْتَفٍ لأَنَّ المَهْرَ مَالٌ وَلا يَجِبُ الإِشْهَادُ عَلَى لُزُومِ المَال أَصْلا.

وَأَمَّا المُقَدِّمَةُ الثَّانِيَةُ فَلأَنَّا قَدْ عَلمْنَا بِالاسْتِقْرَاءِ أَنَّهُ لا شَيْءَ يُشْتَرَطُ فِي إِثْبَات ملك المُتْعَةِ عَلَيْهَا إلا الشَّهَادَةُ، فَإِنَّ الوَلِيَّ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَنَا، وَإِذَا كَانَتْ الشَّهَادَةُ حَال انْعِقَاد

النِّكَاحِ شَهَادَةٌ عَلَيْهَا كَانَ الذِّمِّيَّانِ شَاهِدَيْنِ عَلَيْهَا، وَشَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ على الذِّمِّيَّةِ جَائِزَةٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا لَمْ يَسْمَعَا) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي النِّكَاحِ شَرْطٌ عَلَى العَقْدِ وَالعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِكَلامَيْهِمَا، فَإِذَا لَمْ يَسْمَعَا كَلامَ المُسْلِمِ لَمْ يَشْهَدَا عَلَى العَقْدِ.

قال (وَمَن أَمَرَ رَجُلا بِأَن يُزَوِّجَ ابنَتَهُ الصَّغِيرَةَ فَزَوَّجَهَا وَالأَبُ حَاضِرٌ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ سِوَاهُمَا جَازَ النِّكَاحُ) لأَنَّ الأَبَ يُجعَلُ مُبَاشِرًا للعَقدِ لاتِّحَادِ المَجلسِ وَيَكُونُ الوَكِيلُ سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَيَبقَى المُزَوِّجُ شَاهِدًا (وَإِن كَانَ الأَبُ غَائِبًا لم يَجُز) لأَنَّ المَجلسَ مُختَلفٌ فَلا يُمكِنُ أَن تَجعَلَ الأَبَ مُبَاشِرًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا زَوَّجَ الأَبُ ابنَتَهُ البَالغَةَ بِمَحضَرِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ إن كَانَت حَاضِرَةً جَازَ، وَإِن كَانَت غَائِبَةً لم يَجُز، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

(وَمَنْ أَمَرَ رَجُلا أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ فَزَوَّجَهَا) **بِحَضْرَةِ رَجُلٍ وَاحِد** فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الأَبُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا، فَإِنْ كَانَ حَاضِرًا (جَازَ النِّكَاحُ لأَنَّ الأَبَ يُجْعَلُ مُبَاشِرًا للعَقْدِ وَيَكُونُ الوَكِيلُ) شَاهِدًا لأَنَّ المَجْلسَ مُتَّحِدٌ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ العَقْدُ الوَاقِعُ مِنَ المَأْمُورِ حَقِيقَةً كَالوَاقِعِ مِنَ الآمِرِ حُكْمًا لكَوْنِ الوَكِيل فِي بَابِ النِّكَاحِ (سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَجُزْ لأَنَّ المَجْلسَ مُخْتَلفٌ، فَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَل الأَبُ مُبَاشِرًا) مَعَ عَدَمِ حُضُورِهِ فِي مَجْلسِ المُبَاشَرَةِ.

قَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: هَذَا تَكَلُّفٌ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فِي المَسْأَلةِ الأُولى لأَنَّ الأَبَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا فِي بَابِ النِّكَاحِ فَلا حَاجَةَ إِلى نَقْلِ المُبَاشَرَةِ مِنَ المَأْمُورِ إِلى الآمِرِ حُكْمًا، وَإِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي المَسْأَلةِ الأَخِيرَةِ، وَهِيَ مَا (إِذَا زَوَّجَ **ابْنَتَهُ البَالغَةَ بِمَحْضَرِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ**، فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً جَازَ) بِنَقْلِ مُبَاشَرَةِ الأَبِ إِلَيْهَا لعَدَمِ صَلاحِيَّتِهَا للشَّهَادَةِ عَلَى نَفْسِهَا (وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً لَمْ يَجُزْ) لأَنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يَقْدِرُ أَنْ لوْ تُصُوِّرَ تَحْقِيقًا.

وَأَقُولُ: أَرَى أَنَّهُ لا فَرْقَ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ فِي الاحْتِيَاجِ إِلى ذَلكَ التَّكَلُّفِ، وَذَلكَ لأَنَّ الأَبَ إِذَا كَانَ حَاضِرًا لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا فِي نِكَاحٍ أَمَرَهُ بِهِ، لأَنَّ الوَكِيل

سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ فَكَأَنَّ الأَبَ هُوَ المُزَوِّجُ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُزَوِّجُ شَاهِدًا.

وَإِذَا انْتَقَل إِلَيْهِ المُبَاشَرَةُ أَيْضًا صَارَ هُوَ المُزَوِّجُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الوَكِيلُ شَاهِدًا، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا **وَكَّلَ رَجُلا أَنْ يُزَوِّجَ عَبْدَهُ فَزَوَّجَهُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَالعَبْدُ حَاضِرٌ** فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ مَعَ إِمْكَانِ جَعْلِ العَبْدِ مُبَاشِرًا لِلعَقْدِ وَالوَكِيلِ مَعَ الرَّجُلِ شَاهِدَيْنِ، كَمَا لَوْ بَاشَرَ المَوْلَى عَقْدَ تَزْوِيجِ العَبْدِ عِنْدَ حَضْرَةِ العَبْدِ مَعَ رَجُلٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ العَبْدَ لَمْ يَكُنْ مُوَكِّلا حَتَّى تَنْتَقِلَ مُبَاشَرَةُ الوَكِيلِ إِلَيْهِ وَيَبْقَى شَاهِدًا فَبَقِيَ الوَكِيلُ عَلَى حَالِهِ مُزَوِّجًا، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاشَرَهُ المَوْلَى بِحَضْرَةِ العَبْدِ، فَإِنَّ العَبْدَ هُنَاكَ يُجْعَلُ مُبَاشِرًا لِلنِّكَاحِ بِنَفْسِهِ وَالمَوْلَى شَاهِدًا فَيَكُونُ النِّكَاحُ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ.

لا يُقَالُ: المَوْلَى لَيْسَ بِوَكِيلٍ عَنِ العَبْدِ فَكَيْفَ تَنْتَقِلُ مُبَاشَرَتُهُ إِلَيْهِ لأَنَّ العَقْدَ لَمَّا كَانَ لَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ المُوَكِّلِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ العَبْدُ غَائِبًا لِعَدَمِ إِمْكَانِهِ مُبَاشِرًا لِمَا قُلْنَا إِنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يُقَدَّرُ أَنْ لَوْ تُصُوِّرَ تَحْقِيقًا.

فَصلٌ فِي بَيَانِ المُحَرَّمَاتِ

قَالَ (لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَن يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ وَلا بِجَدَّاتِهِ مِن قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ **[النساء: ٢٣] وَالجَدَّاتُ أُمَّهَاتٌ، إِذ الأُمُّ هِيَ الأَصلُ لُغَةً أَو ثَبَتَت حُرمَتُهُنَّ بِالإِجمَاعِ، قَالَ (وَلا بِبِنتِهِ) لِمَا تَلَونَا (وَلا بِبِنتِ وَلَدِهِ وَإِن سَفَلَت) لِلإِجمَاعِ.**

الشرح:

(**فَصلٌ فِي بَيَانِ المُحَرَّمَاتِ**): لَمَّا كَانَتْ مِنْ بَنَاتِ آدَمَ مَنْ أَخْرَجَهَا اللَّهُ عَنْ مَحَلِّيَّةِ النِّكَاحِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى بَعْضِ بَنِي آدَمَ احْتَاجَ إِلَى ذِكْرِهَا فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ. وَأَسْبَابُ حُرْمَتِهِنَّ تَتَنَوَّعُ إِلَى تِسْعَةِ أَنْوَاعٍ: القَرَابَةُ، وَالمُصَاهَرَةُ، وَالرَّضَاعُ، وَالجَمْعُ، وَتَقْدِيمُ الحُرَّةِ عَلَى الأَمَةِ، وَقِيَامُ حَقِّ الغَيْرِ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ عِدَّةٍ، وَالشِّرْكُ، وَمِلْكُ اليَمِينِ، وَالطَّلَقَاتُ الثَّلاثُ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الكِتَابِ (لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ وَلا بِجَدَّاتِهِ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]) وَدَلالَتُهُ عَلَى حُرْمَةِ الأُمِّ ظَاهِرَةٌ.

وَأَمَّا عَلى حُرْمَة الجَدَّة فَباعْتبَارِ أَنَّ الأُمَّ فِي اللُّغَة هِيَ الأَصْلُ كَمَا يُقَالُ لمَكَّةَ أُمُّ القُرَى، فَتَكُونُ دَلالَتُهَا عَلَيْهِمَا بِاعْتبَارِ مَعْنًى يَعُمُّهُمَا لُغَةً لا بِاعْتبَارِ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقِيقَة وَالمَجَازِ (أَوْ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُنَّ بِالإِجْمَاعِ) وَهَذَانِ المَسْلَكَان يُسْلَكُ بِهِمَا فِي كُلِّ مَا فِيه مَعْنَى الفَرْعِيَّة أَيْضًا كَالبَنَات وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتُ الابْنِ بَنَاتٌ كَذَلكَ، وَالأُخْتُ وَبَنَاتُهَا وَبَنَاتُ الأَخِ وَالعَمَّاتُ وَالخَالاتُ مُتَفَرِّقَةٌ كُنَّ أَوْ غَيْرُهَا تَنَاوَلَهَا النَّصُّ بِجِهَةِ عُمُومِ الاسْمِ، هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالقَرَابَة.

(وَلا بِأُختِهِ وَلا بِبَنَاتِ أُختِهِ وَلا بِبَنَاتِ أَخِيهِ وَلا بِعَمَّتِهِ وَلا بِخَالَتِهِ) لأَنَّ حُرمَتَهُنَّ مَنصُوصٌ عَليهَا فِي هَذِهِ الآيَةِ، وَتَدخُلُ فِيهَا العَمَّاتُ المُتَفَرِّقَاتُ وَالخَالاتُ المُتَفَرِّقَاتُ وَبَنَاتُ الإِخوَةِ المُتَفَرِّقِينَ لأَنَّ جِهَةَ الاسمِ عَامَّةٌ.

قَال: (وَلا بِأُمِّ امرَأَتِهِ الَّتِي دَخَل بِهَا أَو لم يَدخُل) لقَولهِ تَعَالى: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ **[النساء: ٢٣] مِن غَيرِ قَيدِ الدُّخُولِ.**

الشرح:

وَتَحْرُمُ أُمُّ امْرَأَته إِنْ كَانَتْ مَدْخُولا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ لقَوْله تَعَالى: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] مِنْ غَيْرِ قَيْد بِالدُّخُول.

(وَلا بِبِنتِ امرَأَتِهِ الَّتِي دَخَل بِهَا) لثُبُوتِ قَيدِ الدُّخُول بِالنَّصِّ (سَوَاءً كَانَت فِي حِجرِهِ أَو فِي حِجرِ غَيرِهِ) لأَنَّ ذِكرَ الحِجرِ خَرَجَ مَخرَجَ العَادَةِ لا مَخرَجَ الشَّرطِ وَلهَذَا اكتَفَى فِي مَوضِعِ الإِحلال بِنَفيِ الدُّخُول.

الشرح:

وَتَحْرُمُ بِنْتُ امْرَأَته الَّتِي دَخَل بِهَا لثُبُوت قَيْد الدُّخُول بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى: ﴿ مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [النساء: ٢٣] وَلَيْسَ كَوْنُهَا فِي الحِجْرِ شَرْطًا. (قَال المُصَنِّفُ لأَنَّ ذِكْرَ الحِجْرِ) يَعْنِي فِي قَوْله تَعَالى: ﴿ وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم ﴾ [النساء: ٢٣] (خَرَجَ مَخْرَجَ العَادَة) فَإِنَّ العَادَةَ أَنْ تَكُونَ البَنَاتُ فِي حِجْرِ زَوْجِ أُمِّهَا غَالبًا: أَيْ فِي تَرْبِيَتهَا لا عَلى وَجْه الشَّرْط.

وَاسْتَوْضَحَ ذَلكَ بِقَوْله (وَلهَذَا اكْتَفَى فِي مَوْضِعِ الإِحْلال بِنَفْيِ الدُّخُول) وَلَمْ يَشْتَرِطْ نَفْيَ الدُّخُول مَعَ نَفْيِ الحِجْرِ حَيْثُ لَمْ يَقُل: فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلتُمْ بِهِنَّ وَلَسْنَ فِي

حُجُورِكُمْ، فَإِنَّ الإِبَاحَةَ تَتَعَلَّقُ بِضِدِّ مَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الحُرْمَةُ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ مُتَعَلِّقَةً بِعِلَّةِ ذَاتِ وَصْفَيْنِ، وَهُمَا الدُّخُولُ، وَالحِجْرُ. ثُمَّ تَنْتَفِي الحُرْمَةُ بِانْتِفَاءِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ الشَّيْءَ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ الجُزْءِ، فَلَمْ يَكُنْ ثُبُوتُ الإِبَاحَةِ عِنْدَ انْتِفَاءِ الدُّخُولِ دَلِيلًا عَلَى أَنَّ الحُرْمَةَ غَيْرُ مُتَعَلِّقَةٍ بِالحِجْرِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ العَادَةَ فِي مِثْلِهِ نَفْيُ الوَصْفَيْنِ جَمِيعًا أَوْ نَفْيُ العِلَّةِ مُطْلَقًا، لا نَفْيُ أَحَدِهِمَا وَالسُّكُوتُ عَنْ الآخَرِ. لا يُقَالُ: لا يَجْرِي حُكْمُ الرِّبَا وَهُوَ حُرْمَةُ الفَضْلِ وَالنَّسِيئَةِ بَيْنَ هَذَيْنِ البَدَلَيْنِ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ الجِنْسِيَّةُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ القَدْرُ، بَل يُقَالُ: لَمْ يُوجَدْ القَدْرُ مَعَ الجِنْسِ، أَوْ يُقَالُ: لَمْ تُوجَدْ عِلَّةُ الرِّبَا وَلَيْسَ بِقَوِيٍّ.

(قَالَ وَلَا بِامرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجدَادِهِ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ **[النساء: ٢٢].**

الشرح:

وَتَحْرُمُ امْرَأَةُ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٢٢] فَإِنَّ دَلالَتَهُ عَلَى الأَبِ ظَاهِرَةٌ وَعَلَى الجَدِّ بِأَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بِالأَبِ الأَصْلُ فَيَتَنَاوَلُ الآبَاءُ الأَجْدَادَ كَمَا تَتَنَاوَلُ الأُمُّ الجَدَّاتِ، وَإِمَّا بِالإِجْمَاعِ. وَأَمَّا المُرَادُ بِالنِّكَاحِ إِنْ كَانَ هُوَ الوَطْءُ فَيَكُونُ العَقْدُ ثَابِتًا بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ المُرَادُ بِهِ العَقْدَ فَالوَطْءُ ثَابِتٌ بِطَرِيقِ الأَوْلَى.

(وَلا بِامرَأَةِ ابنِهِ وَبَنِي أَولادِهِ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ **[النساء: ٢٣] وَذَكَرَ الأَصلابَ لِإِسقَاطِ اعتِبَارِ التَّبَنِّي لا لِإحلال حَلِيلَةِ الابنِ من الرَّضَاعَةِ**

الشرح:

وَتَحْرُمُ امْرَأَةُ الابْنِ نَسَبًا وَرَضَاعًا وَبَنِي أَوْلادِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٣] فَحَلِيلَةُ الابْنِ وَهِيَ زَوْجَتُهُ حَرَامٌ عَلَى الأَبِ سَوَاءٌ دَخَلَ بِهَا الابْنُ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ عَلَى الدُّخُولِ، وَأَمَّا حَلِيلَةُ ابْنِ الابْنِ فَبِاعْتِبَارِ أَنَّ المُرَادَ بِالابْنِ هُوَ الفَرْعُ فَكَأَنَّهُ قَالَ: وَحَلائِلُ فُرُوعِكُمْ، وَذَلِكَ يَتَنَاوَلُ حَلِيلَةَ ابْنِ الابْنِ وَابْنِ البِنْتِ بِعُمُومِهِ أَوْ بِالإِجْمَاعِ.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْله تَعَالى: ﴿ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ يَأْبى ذَلكَ. أَجَابَ بِأَنَّ (ذِكْرَ الأَصْلابِ لإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ التَّبَنِّي لا لإِحْلال حَليلة الابْنِ مِنْ الرَّضَاعَة) وَالدَّليلُ عَلى ذَلكَ أَنَّ التَّبَنِّي انْتَسَخَ بِقَوْلِه تَعَالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ ﴾ [الأحزاب: ٥].

وَقصَّتُهُ أَنَّ رَسُول اللَّه ﷺ تَبَنَّى زَيْدَ بْنَ حَارِثَةَ ثُمَّ تَزوَّجَ زَيْنَبَ بَعْدَمَا طَلَّقَهَا زَيْدٌ، فَطَعَنَ المُشْرِكُونَ وَقَالُوا: إِنَّهُ تَزَوَّجَ حَليلةَ ابْنِه، فَنَسَخَ اللَّهُ التَّبَنِّي بِقَوْله: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ ﴾ وَدَفَعَ طَعْنَ المُشْرِكينَ بِهَذَا التَّقْيِيد فَبَقِيَتْ حَليلةُ الابْنِ مِنْ الرَّضَاعِ دَاخلةً تَحْتَ قَوْله ﷺ: «**يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ**»[1] وَهَذَا **مَا يَتَعَلَّقُ مِنْ التَّحْرِيمِ بِالمُصَاهَرَة**.

(وَلا بِأُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ وَلا بِأُختِهِ مِن الرَّضَاعَةِ) لقولِهِ تَعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ **[النساء:٢٣] ولقولهِ عليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «يَحرُمُ مِن الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِن النَّسَبِ»**[2].

الشرح:

وَتَحْرُمُ **أُمُّ الرَّجُل مِنْ الرَّضَاعَة وَأُخْتُهُ مِنْهَا** لقَوْله تَعَالى ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ وَلقَوْله ﷺ «**يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ**» هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالرَّضَاعِ.

(وَلا يَجمَعُ بَينَ أُختَينِ نِكاحًا وَلا بِملكِ يَمِينٍ وَطئًا) لقولهِ تَعالى ﴿ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ ﴾ **ولقولهِ عليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن كَانَ يُؤمِنُ بِاللهِ وَاليَومِ الآخِرِ فَلا يَجمَعَنَّ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُختَينِ»**[3].

الشرح:

وَيَحْرُمُ أَنْ يَجْمَعَ الرَّجُلُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ بِنكَاحٍ أَوْ بملك يَمينٍ وَطْئًا لقَوْله تَعَالى ﴿ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ ﴾ عَلى الإِطْلاق، وَسَرَى حُكْمُهُمَا إِلى كُلِّ امْرَأَتَيْنِ لوْ فُرِضَتْ إِحْدَاهُمَا ذِكْرًا حَرُمَتْ الأُخْرَى عَلَيْه بِعِلَّة قَطِيعَةِ الرَّحِمِ سَوَاءٌ كَانَ فِي النَّسَبِ

(١) أخرجه البخاري (٢٦٤٥، ٥١٠٠)، ومسلم في الرضاع (حديث ١٢).

(٢) انظر سابقه.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح باب ٢٠، ٢٥، ٢٦، ٣٣، ومسلم في الرضاع (حديث ١٥، ١٦).

أَوْ الرَّضَاعِ.

(فَإِن تَزَوَّجَ أُختَ أَمَةٍ لهُ قد وَطِئَهَا صَحَّ النِّكَاحُ) لصُدُورِهِ مِن أَهلهِ مُضَافًا إلى مَحلِّهِ (وَ) إذَا جَازَ (لا يَطَأُ الأَمَةَ وإِن كَانَ لم يَطَأ المَنكُوحَةَ) لأنَّ المَنكُوحَةَ مَوطُوءَةٌ حُكمًا، وَلا يَطَأُ المَنكُوحَةَ للجَمعِ إلا إذَا حَرَّمَ المَوطُوءَةَ عَلَى نَفسِهِ لسَبَبٍ مِن الأَسبَابِ فَحِينَئِذٍ يَطَأُ المَنكُوحَةَ لعَدَمِ الجَمعِ، وَيَطَأُ المَنكُوحَةَ إن لم يَكُن وَطِئَ المَملُوكَةَ لعَدَمِ الجَمعِ وَطئًا إذ المَرقُوقَةُ ليسَت مَوطُوءَةً حُكمًا.

الشرح:

وَمَنْ لهُ أَمَةٌ فَتَزَوَّجَ أُختَهَا جَازَ، سَوَاءٌ كَانَ وَطِئَ الأَمَةَ أَوْ لَمْ يَطَأْهَا لأَنَّهُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ وَهُوَ وَاضِحٌ (مُضَافًا إلى مَحلِّه) لأَنَّ الأُخْتَ المَمْلُوكَةَ وَطْؤُهَا مِنْ بَابِ الاسْتِخْدَامِ، وَهُوَ لا يَمْنَعُ نِكَاحَ الأُخْتِ، ثُمَّ إنْ كَانَ وَطِئَ الأَمَةَ لا يَطَؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَطَأْ المَنْكُوحَةَ بَعْدُ لأَنَّ المَنْكُوحَةَ مَوْطُوءَةٌ حُكْمًا فَوَطْءُ الأَمَةِ يَكُونُ جَمْعًا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ بِوَطْءِ أَحَدِهِمَا حَقِيقَةً وَالأُخْرَى حُكْمًا.

وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ النِّكَاحَ لوْ كَانَ قَائِمًا مَقَامَ الوَطْءِ حَتَّى تَصِيرَ المَنْكُوحَةُ مَوْطُوءَةً حُكْمًا وَجَبَ أَنْ لا يَجُوزَ هَذَا النِّكَاحُ كَيْ لا يَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ وَطْئًا كَمَا قَال بِه مَالِكٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ نَفْسَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِوَطْءٍ حَتَّى يَصِيرَ بِه جَامِعًا بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ وَطْئًا بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ وَهُوَ حِلُّ الوَطْءِ فَلا يَكُونُ وَطْءُ الأَمَةِ مَانِعًا عَنْ النِّكَاحِ.

(وَلا يَطَأُ المَنْكُوحَةَ) أَيْضًا (للجَمْعِ) بَيْنَهُمَا (إلا إذَا حَرَّمَ المَوْطُوءَةَ عَلَى نَفْسِه بِسَبَبٍ مِنْ الأَسْبَابِ) كَالبَيْعِ وَالتَّزْوِيجِ، لأَنَّ ذَلكَ الوَطْءَ قَائِمٌ حُكْمًا، حَتَّى لوْ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ يُسْتَحَبُّ لهُ الاسْتِبْرَاءُ فَيَصِيرَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا وَطْئًا حَقِيقَةً، وَبِالتَّحْرِيمِ عَلى نَفْسِه يَبْطُلُ حُكْمُ ذَلكَ الوَطْءِ لزَوَال مَعْنَى اشْتِغَال رَحِمِهَا بِمَائِه حَقِيقَةً وَحُكْمًا، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَحِلُّ لزَوْجِهَا أَنْ يَغْشَاهَا فَيَحِلُّ لهُ أَنْ يَطَأَ المَنْكُوحَةَ حِينَئِذٍ لعَدَمِ الجَمْعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ المَمْلُوكَةَ جَازَ لهُ أَنْ يَطَأَ المَنْكُوحَةَ لعَدَمِ الجَمْعِ وَطْئًا إذْ المَرْقُوقَةُ لَيْسَتْ مَوْطُوءَةً حُكْمًا.

(فَإِن تَزَوَّجَ أُختَينِ فِي عُقدَتَينِ وَلا يَدرِي أَيَّتَهمَا أُولى فُرِّقَ بَينَهُ وَبينَهُمَا) لأنَّ نِكَاحَ إحدَاهُمَا بَاطِلٌ بِيَقِينٍ، وَلا وَجهَ إلى التَّعيِينِ لعَدَمِ الأَولوِيَّةِ وَلا إلى التَّنفِيذِ مَعَ التَّجهِيل

لعَدَمِ الفائِدَةِ أو للضَّرَرِ فتَعَيَّنَ التَّفرِيقُ (ولَهُمَا نِصفُ المَهرِ) لأنَّهُ وَجَبَ للأُولى مِنهُمَا، وَانعدَمَت الأولويَّةُ للجَهل بالأوَّليَّةِ فيُصرَفُ إليهِمَا، وقِيل لا بُدَّ مِن دَعوَى كُلٍّ واحِدَةٍ مِنهُمَا أنَّهَا الأُولى أو الاصطِلاحِ لجَهَالةِ المُستَحِقَّةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عُقْدَتَيْنِ وَلا يَدْرِي أَيَّتَهمَا أَوْلى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا) قَيَّدَ بِعُقْدَتَيْنِ، لأَنَّهُ لوْ تَزَوَّجَهُمَا بِعَقْد وَاحِد كَانَ النِّكَاحُ بَاطِلا للجَمْعِ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ فَلا يَسْتَحِقَّانِ شَيْئًا مِنْ المَهْرِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ وَلا يَدْرِي أَيَّتَهُمَا أَوْلى لأَنَّهُ لوْ عَلمَ بِذَلكَ بَطَل نِكَاحُ الثَّانِيَة.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ نِكَاحَ إِحْدَاهُمَا بَاطِلٌ بِيَقِينٍ) يَعْنِي مَنْ كَانَتْ أُخرَى فِي الوَاقِعِ (وَلا وَجْهَ إلى التَّعْيِينِ لعَدَمِ الأَوْلوِيَّةِ وَلا إلى التَّنْفِيذِ) يَعْنِي إلى تَصْحِيحِهِ فِي إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا (لِعَدَمِ الفَائِدَة) وَهِيَ حِلُّ القُرْبَانِ للزَّوْجِ لأَنَّهُ لا يَثْبُتُ مَعَ الجَهَالة (أَوْ للضَّرَرِ) يَعْنِي فِي حَقِّهِمَا لأَنَّ كُلا مِنْهُمَا تَبْقَى مُعَلَّقَةً لا ذَاتَ بَعْلٍ وَلا مُطَلَّقَةً (فَتَعَيَّنَ التَّفْرِيقُ) وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ مَا إذَا كَانَ لرَجُلٍ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ بِعَيْنِهَا ثُمَّ نَسِيَهَا فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالبَيَانِ وَلا يُفَرَّقُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الفَارِقَ تَمَكُّنُ الزَّوْجِ ثَمَّةَ مِنْ دَعْوَى ثَلاثٍ مِنْهُنَّ بِأَعْيَانِهَا، لأَنَّ نِكَاحَ كُلٍّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ كَانَ ثَابِتًا بِيَقِينٍ، وَلَيْسَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ نِكَاحِهِمَا كَذَلكَ فَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ دَعْوَى النِّكَاحِ فِي إِحْدَاهُمَا تَمَسُّكًا بِاليَقِينِ فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا نِصْفُ المَهْرِ) يَعْنِي بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ (لأَنَّهُ وَجَبَ الأَوْلى مِنْهُمَا) أَمَّا أَنَّهُ وَجَبَ فَلأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ بِسَبَبٍ مُضَافٍ إلى الزَّوْجِ وَهُوَ التَّجْهِيلُ وَذَلكَ يُوجِبُ المَهْرَ أَلبَتَّةَ، وَأَمَّا أَنَّهُ للأُولى فَلأَنَّ نِكَاحَهَا صَحِيحٌ دُونَ الأُخْرَى، وَتَقْرِيرُ كَلامِهِ المَهْرُ للأُولى مِنْهُمَا لِمَا قُلنَا وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا لكَوْنِهَا أُولى أَوْلى (للجَهْلِ بِالأَوْلوِيَّةِ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ بِالأَوَّليَّة (فَيُصْرَفُ إِليْهِمَا).

وَقَوْلُهُ (وَقِيل لا بُدَّ مِنْ دَعْوَى كُلٍّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا) قَال الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: لا بُدَّ أَنْ تَدَّعِيَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا هِيَ الأُولى، وَأَمَّا إِذَا قَالتْ لا نَدْرِي أَيَّ النِّكَاحَيْنِ كَانَ أَوَّلا لا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ حَتَّى يَصْطَلِحَا، لأَنَّ الحَقَّ للمَجْهُولة فَلا بُدَّ مِنْ الدَّعْوَى أَوْ

الاصْطِلاحِ لِيَقْضِيَ لَهُمَا: وَصُورَةُ هَذَا الاصْطِلاحِ أَنْ يَقُولا عِنْدَ القَاضِي: لَنَا عَلَيْهِ المَهْرُ وَهَذَا الحَقُّ لا يَعْدُونَا فَنَصْطَلِحَ عَلَى أَخْذِ نِصْفِ المَهْرِ فَيَقْضِي القَاضِي.

(وَلا يُجمَعُ بَينَ المَرأةِ وَعمَّتِهَا أَو خَالَتِهَا أَو ابنَةِ أَخِيهَا أَو ابنَةِ أُختِهَا) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُنكحُ المَرأةُ عَلى عَمَّتِهَا وَلا عَلى خَالَتِهَا وَلا عَلى ابنَةِ أَخِيهَا وَلا عَلى ابنَةِ أُختِهَا»[1] وَهَذا مَشهُورٌ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلى الكِتَابِ بِمِثلِهِ.

الشرح:

قَالَ (**وَلا يُجْمَعُ بَيْنَ المَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا أَوْ ابْنَةِ أَخِيهَا أَوْ ابْنَةِ أُخْتِهَا** لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا تُنْكَحُ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلا عَلَى خَالَتِهَا وَلا عَلَى ابْنَةِ أَخِيهَا وَلا عَلَى ابْنَةِ أُخْتِهَا**») رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ وَجَابِرٌ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَذَكَرَ التِّرْمِذِيُّ فِي جَامِعِهِ أَنَّهُ رَوَاهُ عَلِيٌّ وَأَبُو هُرَيْرَةَ وَابْنُ عُمَرَ وَأَبُو سَعِيدٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو وَأَبُو أُمَامَةَ وَجَابِرٌ وَعَائِشَةُ وَأَبُو مُوسَى الأَشْعَرِيُّ وَسَمُرَةُ بْنُ جُنْدُبٍ (وَهُوَ مَشْهُورٌ) تَلَقَّتْهُ الأُمَّةُ بِالقَبُولِ وَالعَمَلِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا فَائِدَةُ التَّكْرَارِ لِحُكْمٍ وَاحِدٍ بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فِي مَوْضِعَيْنِ، فَإِنَّ المُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ: «لا تُنْكَحُ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا» هُوَ أَنْ لا يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا فِي النِّكَاحِ، ثُمَّ الجَمْعُ بَيْنَ المَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا هُوَ عَيْنُ جَمْعِ المَرْأَةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ بِنْتِ أَخِيهَا، وَكَذَلِكَ **الجَمْعُ بَيْنَ المَرْأَةِ وَخَالَتِهَا** هُوَ عَيْنُ الجَمْعِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنَةِ أُخْتِهَا.

أُجِيبَ بِأَنَّ شَمْسَ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيَّ قَالَ: ذُكِرَ هَذَا النَّفْيُ مِنْ الجَانِبَيْنِ، إِمَّا لِلمُبَالَغَةِ فِي بَيَانِ التَّحْرِيمِ، أَوْ لِإِزَالَةِ الإِشْكَالِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَظُنُّ ظَانٌّ أَنَّ نِكَاحَ ابْنَةِ الأَخِ عَلَى العَمَّةِ لا يَجُوزُ، وَنِكَاحَ العَمَّةِ عَلَى ابْنَةِ الأَخِ يَجُوزُ لِتَفْضِيلِ العَمَّةِ، كَمَا لا يَجُوزُ نِكَاحُ الأَمَةِ عَلَى الحُرَّةِ وَيَجُوزُ نِكَاحُ الحُرَّةِ عَلَى الأَمَةِ، فَبَيَّنَ النَّبِيُّ ﷺ ثُبُوتَ هَذِهِ الحُرْمَةِ مِنْ الجَانِبَيْنِ لِإِزَالَةِ الإِشْكَالِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: فِي عِبَارَةِ المُصَنِّفِ تَسَامُحٌ لِأَنَّهُ قَالَ: وَهَذَا مَشْهُورٌ (تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الكِتَابِ بِمِثْلِهِ) وَهَذِهِ العِبَارَةُ إِنَّمَا تُسْتَعْمَلُ فِي تَقْيِيدِ المُطْلَقِ عَلَى مَا لا يَخْفَى عَلَى المُحَصِّلِينَ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٦٥)، والترمذي (١١٢٦)، وابن ماجه في النكاح باب ٣١.

ذَٰلِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٤] عَامٌّ، وَهَذَا الحَدِيثُ يُخَصِّصُهُ.

سَلَّمْنَا جَوَازَ الاصْطِلاحِ عَلى تَخْصِيصِ العَامِّ بِالزِّيَادَة، لكِنَّ شَرْطَ التَّخْصِيصِ المُقَارَنَةُ عِنْدَنَا أَوَّلا وَلَيْسَتْ بِمَعْلُومَة. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلى الكِتَابِ نَسْخٌ أَخَصُّ فَيَجُوزُ ذِكْرُهُ وَإِرَادَةُ مُطْلَقِ النَّسْخِ لأَنَّ ذِكْرَ الأَخَصِّ وَإِرَادَةَ الأَعَمِّ مَجَازٌ شَائِعٌ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ يَجُوزُ نَسْخُ الكِتَابِ بِهِ، وَلا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ لا سِيَّمَا أَنَّهُ تَطَرَّقَ إِلَيْهَا الاحْتِمَالُ بِالنَّسْخِ مَرَّةً فَإِنَّ قَوْلَه تَعَالَى ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ ﴾ [البقرة: ٢٢١] نَسْخُ عُمُومِ قَوْله تَعَالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ بِتَقْدِيرِهِ مُتَأَخِّرًا لِئَلا يَتَكَرَّرَ النَّسْخُ، فَجَازَ أَنْ يُنْسَخَ بِخَبَرٍ مَشْهُودٍ مَا تَنَاوَلَهُ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ، وَلا بَأْسَ بِمُطَالَعَة مَا فِي النِّهَايَةِ فِي هَذَا المَوْضِعِ مِنْ كَلامِ المَهَرَةِ الحُذَّاقِ المُتْقِنِينَ إِنْ كَانَتْ القَوَاعِدُ الأُصُولِيَّةُ عَلى ذِكْرٍ مِنْك.

(وَلا يُجمَعُ بَينَ امرَأَتَينِ لو كَانَت إحدَاهُمَا رَجُلا لم يَجُز لهُ أَن يَتَزَوَّجَ بالأُخرَى) لأَنَّ الجَمعَ بَينَهُمَا يُفضِي إلى القَطِيعَةِ وَالقَرَابَةُ المُحرِّمَةُ للنِّكَاحِ مُحرِّمَةٌ للقَطعِ، وَلو كَانَت المَحرَمِيَّةُ بَينَهُمَا بِسَبَبِ الرَّضَاعِ يَحرُمُ لمَا رَوَينَا مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجْمَعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا رَجُلا لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالأُخْرَى) ظَاهِرٌ، وَهُوَ حُكْمٌ ثَابِتٌ بِدَلالة الحَدِيث الَّذِي كَانَ بَحْثُنَا فِيه لأَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ المَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا مُحَرَّمٌ لإِفْضَائِه إلى قَطِيعَة الرَّحِمِ المُحَرَّمِ القَطْعِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيمَا نَحْنُ فِيه، وَلا عَلَيْك أَنْ تَجْعَلَهُ ثَابِتًا بِدَلالَة قَوْله تَعَالى: ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ [النساء: ٢٣] كَمَا قَدَّمْته وَهُوَ أَوْلى.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ كَانَتْ المَحْرَمِيَّةُ بَيْنَهُمَا بِسَبَبِ الرَّضَاعِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا رَوَيْنَا) إِشَارَةً إِلى قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ» الحَدِيثَ.

(وَلا بَأسَ بِأَن يَجمَعَ بَينَ امرَأَةٍ وَبِنتِ زَوجٍ كَانَ لهَا مِن قَبلُ) لأَنَّهُ لا قَرَابَةَ بَينَهُمَا وَلا رَضَاعَ. وَقَال زُفَرُ: لا يَجُوزُ لأَنَّ ابنَةَ الزَّوجِ لو قَدَّرتَهَا ذَكَرًا لا يَجُوزُ لهُ التَّزَوُّجُ بِامرَأَةِ أَبِيهِ. قُلنَا: امرَأَةُ الأَبِ لو صَوَّرتَهَا ذَكَرًا جَازَ لهُ التَّزَوُّجُ بِهَذِهِ وَالشَّرطُ أَن يُصَوَّرَ ذَلكَ مِن كُلِّ جَانِبٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةِ) ظَاهِرٌ، وَنُسبَ فِي المَبْسُوطِ قَوْلُ زُفَرَ هَذَا إلى ابْنِ أَبِي لَيْلى. وَقَوْلُهُ: (وَالشَّرْطُ أَنْ يُصَوَّرَ ذَلكَ مِنْ كُلِّ جَانبٍ) يَعْنِي كَمَا كَانَ فِي الأُخْتَيْنِ كَذَلكَ لأَنَّ ذَلكَ هُوَ المَنْصُوصُ عَلَيْه وَمَا نَحْنُ فِيه فَرْعٌ عَلَيْه فَيَجبُ أَنْ يَكُونَ الفَرْعُ عَلى وِفَاقِ الأَصْلِ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَةِ عَليٍّ وَبِنْتِه، وَهَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّحْرِيمِ بِسَبَبِ الجَمْعِ.

قَال (وَمَن زَنَى بِامرَأَةٍ حَرُمَت عَليه أُمُّهَا وَبِنتُهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: الزِّنَا لا يُوجِبُ حُرمَةَ المُصَاهَرَةِ لأَنَّهَا نِعمَةٌ فَلا تُنَالُ بِالمَحظُورِ. وَلنَا أَنَّ الوَطءَ سَبَبُ الجُزئِيَّةِ بِوَاسِطَةِ الوَلدِ حَتَّى يُضَافَ إلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَمَلا فَتَصِيرُ أُصُولُهَا وَفُرُوعُهَا كَأُصُولِه وَفُرُوعِهِ وَكَذَلكَ عَلى العَكسِ، وَالاستِمتَاعُ بِالجُزءِ حَرَامٌ إلا فِي مَوضِعِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ المَوطُوءَةُ، وَالوَطءُ مُحَرِّمٌ مِن حَيثُ إنَّهُ سَبَبُ الوَلدِ لا مِن حَيثُ إنَّهُ زِنًا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَة حَرُمَتْ عَلَيْه أُمُّهَا وَابْنَتُهَا) لَّمَا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ الحُرْمَةِ بِسَبَبِ الجَمْعِ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ الزِّنَا يُوجِبُ حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ أَوَّلا وَذَكَرَ الخلافَ (وَقَال الشَّافعِيُّ: الزِّنَا لا يُوجِبُ حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ لأَنَّهَا نعْمَةٌ) فَإِنَّهَا تُلحقُ الأَجْنَبِيَّات بِالمَحَارِمِ، وَكُلُّ مَا هُوَ نعْمَةٌ لا يُنَالُ بِالمَحْظُورِ لانْتفَاءِ المُنَاسَبَة الوَاجِبَة بَيْنَ الحُكْمِ وَسَبَبِه.

(وَلنَا أَنَّ الوَطْءَ سَبَبُ الجُزْئِيَّة) وَتَقْرِيرُهُ: الوَلدُ جُزْءُ مَنْ هُوَ مِنْ مَائه وَالاسْتمْتَاعُ بِالجُزْءِ حَرَامٌ: أَمَّا أَنَّ الوَلدَ جُزْءُ مَنْ هُوَ منْهُ فَلأَنَّ سَبَبَ الجُزْئيَّة مَوْجُودٌ وَهُوَ الوَطْءُ فَإِنَّهُ سَبَبٌ للجُزْئيَّة بَيْنَ الوَالدَيْنِ وَالوَلد لا مَحَالةَ، وَكَذَا بَيْنَ الوَالدَيْنِ بِسَبَبِ الوَلد (حَتَّى يُضَافَ إلى كُلِّ وَاحد منْهُمَا كَمَلا) يُقَالُ ابْنُ فُلانٍ وَابْنُ فُلانَةَ (فَتَصِيرُ أُصُولُهَا وَفُرُوعُهَا كَأُصُوله وَفُرُوعه) وَتَصيرُ أُصُولُهُ وَفُرُوعُهُ كَأُصُولهَا وَفُرُوعهَا.

فَإِنْ قيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لكَانَتْ الحُرْمَةُ ثَابتَةً فِي نَفْسِ المَرْأَة المَوْطُوءَة لأَنَّهَا حينَئذ جُزْءُ الوَاطِئِ. أَجَابَ بِقَوْله (وَالاسْتمْتَاعُ بِالجُزْءِ حَرَامٌ إلا فِي مَوْضِعِ الضَّرُورَة وَهِيَ المَوْطُوءَةُ) لأَنَّهَا لوْ قيل بِحُرْمَتهَا لمْ تَحلَّ امْرَأَةٌ بَعْدَمَا وَلدَتْ لزَوْجهَا وَعَادَ النِّكَاحُ عَلى مَوْضُوعه بِالنَّقْضِ لأَنَّهُ مَا شُرِعَ إلا للتَّوَالُد، فَلوْ حَرُمَتْ بِالوِلادَة لكَانَ مَا وُضعَ

للولادَة يَنْتَفِي بِهَا فِيهِمَا وَذَلِكَ خَلفٌ بَاطِلٌ، وَأَمَّا أَنَّ الاسْتِمْتَاعَ بِالجُزْءِ حَرَامٌ فَلأَنَّ أَوَّل الإِنْسَانِ آدَم عَلَيْهِ السَّلامُ وَقَدْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ بَنَاتُهُ فَهُوَ الأَصْلُ فِي حُرْمَةِ الجُزْءِ، وَاسْتَثْنَى مَوْضِعَ الضَّرُورَةِ وَهِيَ امْرَأَتُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَالوَطْءُ مُحَرَّمٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ سَبَبُ الوَلَد) جَوَابٌ عَنْ قَوْله حُرْمَةُ المُصَاهَرَة نِعْمَةٌ فَلا تُنَالُ بِمَحْظُورٍ. وَبَيَانُهُ أَنَّ الوَطْءَ لَيْسَ بِسَبَبٍ للحُرْمَة مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ حَتَّى تُعْتَبَر المُنَاسَبَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الحُكْمِ بِالمَشْرُوعِيَّة، وَلا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ زِنًا وَإِنَّمَا هُوَ سَبَبٌ لَهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ سَبَبٌ للوَلَد أُقِيمَ مَقَامَهُ كَالسَّفَرِ مَعَ المَشَقَّة، وَلا عُدْوَانَ وَلا مَعْصِيَةَ للمُسَبِّب الَّذِي هُوَ الوَلَدُ لعَدَمِ اتِّصَافه بِذَلكَ. لا يُقَالُ: وَلَدُ عِصْيَانٍ أَوْ عُدْوَانٍ وَالشَّيْءُ إِذَا قَامَ مَقَامَ غَيْرِهِ يُعْتَبَرُ فِيه صِفَةُ أَصْله لا صِفَةُ نَفْسه كَالتُّرَابِ فِي التَّيَمُّمِ.

(وَمَن مَسَّتهُ امرَأَةٌ بِشَهوَةٍ حَرُمَت عَليهِ أُمُّهَا وَابنَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تَحرُمُ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ مَسُّهُ امرَأَةً بِشَهوَةٍ وَنَظَرُهُ إِلى فَرجِهَا وَنَظَرُهَا إِلى ذَكَرِهِ عَن شَهوَةٍ. لهُ أَنَّ المَسَّ وَالنَّظَرَ ليسَا فِي مَعنَى الدُّخُول، وَلِهَذَا لا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا فَسَادُ الصَّومِ وَالإِحرَامِ وَوُجُوبُ الاغتِسَال فَلا يَلحَقَانِ بِهِ.

وَلنَا أَنَّ المَسَّ وَالنَّظَرَ سَبَبٌ دَاعٍ إِلى الوَطءِ فَيُقَامُ مُقَامَهُ فِي مَوضِعِ الاحتِيَاطِ، ثُمَّ المَسُّ بِشَهوَةٍ أَن تَنتَشِرَ الآلَةُ أَو تَزدَادَ انتِشَارًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالمُعتَبَرُ النَّظَرُ إِلى الفَرجِ الدَّاخِلِ وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلكَ إِلا عِندَ اتِّكَائِهَا، وَلو مَسَّ فَأَنزَل فَقَد قِيل إِنَّهُ يُوجِبُ الحُرمَةَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يُوجِبُهَا لأَنَّهُ بِالإِنزَال تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيرُ مُفضٍ إِلى الوَطءِ، وَعَلى هَذَا إِتيَانُ المَرأَةِ فِي الدُّبُرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **مَسَّتْهُ امْرَأَةٌ بِشَهْوَة**) بَيَانُ أَنَّ الأَسْبَابَ الدَّاعِيَةَ إِلى الوَطْءِ فِي إِثْبَات الحُرْمَة كَالوَطْءِ فِي إِثْبَاتهَا. قَال الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْث: تَأْوِيلُ المَسْأَلة إِذَا **صَدَّقَ الرَّجُلُ المَرْأَةَ أَنَّهَا مَسَّتْهُ عَنْ شَهْوَة** وَلوْ كَذَّبَهَا وَلَمْ يَقَعْ فِي أَكْبَرِ رَأْيِه أَنَّهَا فَعَلتْ ذَلكَ عَنْ شَهْوَةٍ يَنْبَغِي أَنْ لا تَحْرُمَ عَلَيْه أُمُّهَا وَبِنْتُهَا.

فَإِنْ قِيل: ذِكْرُ مَسْأَلة الدَّوَاعِي تَكْرَارٌ لأَنَّ نَفْسَ الوَطْءِ الحَرَامِ إِذَا لَمْ يُوجِبْ الحُرْمَةَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَلأَنْ لا يُوجِبَهَا دَوَاعِيه أَوْلى. أُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَتْ تَكْرَارًا أَنْ لوْ

كَانَتْ مُصَوَّرَةً فِي الحَرَامِ فَقَطْ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَل هِيَ فِي الحَلَال مِثْلُ أَنْ مَسَّتْ أَمَةٌ مَوْلاهَا كَذَلِكَ، غَيْرَ أَنَّا لَمْ نُمَيِّزْ بَيْنَ الحَلال وَالحَرَامِ فِي شُمُول وُجُوبِ الحُرْمَةِ وَالشَّافِعِيُّ فِي شُمُول العَدَمِ.

(لَهُ) فِي الحَلال مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ (أَنَّ المَسَّ وَالنَّظَرَ لَيْسَا فِي مَعْنَى الدُّخُول وَلِهَذَا لا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا فَسَادُ الصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ وَوُجُوبُ الاغْتِسَال) وَكُلُّ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَى الدُّخُول لا يُلحَقُ بِالدُّخُول، لأَنَّ المُلحَقَ لا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَى المُلحَقِ.

(وَلَنَا أَنَّ المَسَّ وَالنَّظَرَ سَبَبٌ دَاعٍ إِلى الوَطْءِ) وَالسَّبَبُ الدَّاعِي إِلى الشَّيْءِ يُقَامُ مَقَامَهُ فِي مَوْضِعِ الاحْتِيَاطِ، وَهَذَا لأَنَّا وَجَدْنَا لِصَاحِبِ الشَّرْعِ مَزِيدَ اعْتِنَاءٍ فِي حُرْمَةِ الأَبْضَاعِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ أَقَامَ شُبْهَةَ البَعْضِيَّةِ بِسَبَبِ الرَّضَاعِ مَقَامَ حَقِيقَتِهَا فِي إِثْبَاتِ الحُرْمَةِ دُونَ سَائِرِ الأَحْكَامِ مِنْ التَّوَارُثِ وَمَنَعَ وَضْعَ الزَّكَاةِ وَمَنَعَ قَبُول الشَّهَادَةِ فَأَقَمْنَا السَّبَبَ الدَّاعِيَ مَقَامَ المَدْعُوِّ احْتِيَاطًا، وَفَسَادُ الصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ وَوُجُوبُ الاغْتِسَال لَيْسَ مِنْ بَابِ حُرْمَةِ الأَبْضَاعِ حَتَّى يَقُومَ السَّبَبُ فِيه مَقَامَ الوَطْءِ.

وَنُوقِضَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ إِنْ كَانَ صَحِيحًا قَامَ النَّظَرُ إِلى جَمَال المَرْأَةِ مَقَامَ الوَطْءِ فِي ثُبُوتِ الحُرْمَةِ لِكَوْنِه سَبَبًا دَاعِيًا إِلَيْه.

وَالجَوَابُ أَنَّ النَّظَرَ إِلى الفَرْجِ المُحَرِّمِ هُوَ مَا يَكُونُ نَظَرًا إِلى دَاخِل الفَرْجِ بِأَنْ كَانَتْ مُتَّكِئَةً وَهُوَ لا يَحِلُّ إِلا فِي المِلكِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهَا لا تَكُونُ عَلى هَذِه الحَالَة إِلا فِي خَلوَةٍ عَنْ الأَجَانِبِ، فَانْظُرْ بَعْدَ هَذَا فِي أَنَّ النَّظَرَ إِلى الجَمَال فِي الحَلال فِي المِلكِ وَغَيْرِه خَلاءٌ وَمَلأٌ هَل يَكُونُ دَاعِيًا إِلى الوَطْءِ دَعْوَةَ النَّظَرِ إِلَيْه أَوْ لا؟ لا أَرَاكَ قَائِلا بِذَلِكَ إِلا مُكَذِّبًا.

وَعَرَّفَ المَسَّ بِشَهْوَةٍ بِأَنْ تَنْتَشِرَ الآلَةُ: يَعْنِي إِذَا لَمْ تَكُنْ مُنْتَشِرَةً قَبْل النَّظَرِ وَالمَسِّ (أَوْ تَزْدَادُ انْتِشَارًا) إِذَا كَانَتْ مُنْتَشِرَةً قَبْل ذَلِكَ.وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل كَثِيرٍ مِنْ المَشَايِخِ قَال فِي الذَّخِيرَةِ: وَكَثِيرٌ مِنْ المَشَايِخِ لَمْ يَشْتَرِطُوا الانْتِشَارَ، وَجَعَلُوا حَدَّ الشَّهْوَةِ أَنْ يَمِيل قَلبُهُ إِليْهَا وَيَشْتَهِيَ جِمَاعَهَا، وَاخْتَارَ المُصَنِّفُ قَوْل شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ وَشَيْخِ الإِسْلامِ.

قَال فِي «النِّهَايَةِ»: هَذَا إِذَا كَانَ شَابًّا قَادِرًا عَلى الجِمَاعِ، فَإِنْ كَانَ شَيْخًا أَوْ

عِنِّينًا فَحَدُّ الشَّهْوَةِ أَنْ يَتَحَرَّكَ قَلْبُهُ بِالاشْتِهَاءِ إنْ لَمْ يَكُنْ مُتَحَرِّكًا قَبْل ذَلِكَ أَوْ يَزْدَادُ الاشْتِهَاءُ إنْ كَانَ مُتَحَرِّكًا وَهَذَا إفْرَاطٌ.

وَكَانَ الفَقِيهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ الرَّازِيّ لا يَعْتَبِرُ تَحَرُّكَ القَلْبِ وَإِنَّمَا يَعْتَبِرُ تَحَرُّكَ الآلَةِ، وَكَانَ لا يُفْتِي بِثُبُوتِ الحُرْمَةِ فِي الشَّيْخِ الكَبِيرِ وَالعِنِّينِ الَّذِي مَاتَتْ شَهْوَتُهُ حَتَّى لَمْ يَتَحَرَّكْ عُضْوُهُ بِالمُلامَسَةِ وَهُوَ أَقْرَبُ إلى الفِقْهِ.

وَقَوْلُهُ وَالمُعْتَبَرُ النَّظَرُ) ظَاهِرٌ (وَلَوْ مَسَّ فَأَنْزَل فَقَدْ قِيل يُوجِبُ الحُرْمَةَ) وَبِهِ كَانَ يُفْتِي شَيْخُ الإِسْلامِ الأُوزْجَنْدِيُّ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ مُجَرَّدَ المَسِّ بِشَهْوَةٍ يُثْبِتُ الحُرْمَةَ، فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ إنْ كَانَتْ لا تُوجِبُ زِيَادَةَ الحُرْمَةِ لا تُوجِبُ خِلافَهَا.

وَالَّذِي اخْتَارَهُ المُصَنِّفُ فِي الكِتَابِ هُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ وَالإِمَامِ فَخْرِ الإِسْلامِ. وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي بَابِ إتْيَانِ المَرْأَةِ فِي غَيْرِ مَأْتَاهَا مِنْ الزِّيَادَاتِ أَنَّ الجِمَاعَ فِي الدُّبُرِ لا يُثْبِتُ حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ، وَكَذَا النَّظَرُ إلى مَوْضِعِ الجِمَاعِ مِنْ الدُّبُرِ بِشَهْوَةٍ (وَهَذَا أَصَحُّ لِمَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ) أَيْ المَسَّ (بِالإِنْزَال غَيْرُ مُفْضٍ إلى الوَطْءِ) وَالمَسُّ المُفْضِي إلَيْهِ هُوَ المُحَرِّمُ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِمْ المَسُّ بِشَهْوَةٍ لا يُوجِبُ الحُرْمَةَ بِالإِنْزَال: هُوَ أَنَّ الحُرْمَةَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ المَسِّ بِشَهْوَةٍ كَانَ حُكْمُهَا مَوْقُوفًا إلى أَنْ تَبَيَّنَ بِالإِنْزَال، فَإِنْ أَنْزَل لَمْ تَثْبُتْ وَإِلا ثَبَتَتْ، لا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ تَثْبُتُ بِالمَسِّ، ثُمَّ بِالإِنْزَال سَقَطَ مَا يَثْبُتُ مِنْ الحُرْمَةِ لأَنَّ مُوجِبَ المُصَاهَرَةِ إذَا ثَبَتَ لا يَسْقُطُ أَبَدًا.

(وَإِذَا طَلَّقَ امرَأَةً طَلاقًا بَائِنًا أَو رَجعِيًّا لم يَجُز لهُ أَن يَتَزَوَّجَ بِأُختِهَا حَتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إن كَانَت العِدَّةُ عَن طَلاقٍ بَائِنٍ أَو ثَلاثٍ يَجُوزُ لانقِطَاعِ النِّكَاحِ بِالكُلِّيَّةِ إعمَالا لِلقَاطِعِ، وَلِهَذَا لو وَطِئَهَا مَعَ العِلمِ بِالحُرمَةِ يَجِبُ الحَدُّ.

وَلَنَا أَنَّ نِكَاحَ الأُولى قَائِمٌ لِبَقَاءِ بَعضِ أَحكَامِهِ كَالنَّفَقَةِ وَالمَنعِ وَالفِرَاشِ وَالقَاطِعُ تَأَخَّرَ عَمَلُهُ وَلِهَذَا بَقِيَ القَيدُ، وَالحَدُّ لا يَجِبُ عَلَى إشَارَةِ كِتَابِ الطَّلاقِ، وَعَلَى عِبَارَةِ كِتَابِ الحُدُودِ يَجِبُ لأَنَّ المِلكَ قَد زَال فِي حَقِّ المِلكِ فَيَتَحَقَّقُ الزِّنَا وَلم يَرتَفِع فِي حَقِّ مَا ذَكَرنَا فَيَصِيرُ جَامِعًا.

الشرح:

قَال (**وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا** لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا وَقَال الشَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَتْ العِدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ) كَالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ (أَوْ ثَلَاثٍ جَازَ لانْقِطَاعِ النِّكَاحِ بِالكُلِّيَّةِ) لأَنَّ القَاطِعَ وَهُوَ الطَّلَاقُ مَوْجُودٌ عَلَى الكَمَالِ إِذْ لَيْسَ فِيهِ شَائِبَةُ الرُّجُوعِ فَلا بُدَّ مِنْ إِعْمَالِه، وَإِعْمَالُ القَاطِعِ الكَامِلِ يَقْتَضِي القَطْعَ بِالكُلِّيَّةِ لِيَثْبُتَ الحُكْمُ بِقَدْرِ دَلِيله.

(وَلهَذَا لوْ وَطِئَهَا مَعَ العِلمِ بِالحُرْمَةِ وَجَبَ الحَدُّ. وَلَنَا) أَنَّا لا نُسَلِّمُ انْقِطَاعَ النِّكَاحِ بِالكُلِّيَّةِ، فَإِنَّ (النِّكَاحَ الأَوَّل قَائِمٌ لبَقَاءِ بَعْضِ أَحْكَامِه كَالنَّفَقَة وَالمَنْعِ) عَنْ الخُرُوجِ (وَالفِرَاشِ) وَهُوَ صَيْرُورَةُ المَرْأَة بِحَالٍ لوْ جَاءَتْ بِوَلدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ فَإِنَّ هَذِه كَذَلِكَ مَا دَامَتْ فِي العِدَّة لا نِزَاعَ فِي بَقَاءِ هَذِه الأَحْكَامِ سِوَى النَّفَقَة وَلا فِي كَوْنِهَا مُرَتَّبَةً عَلى النِّكَاحِ، فَلوْ لَمْ يَكُنْ النِّكَاحُ قَائِمًا حَال العِدَّة تَخَلَّفَ الحُكْمُ عَنْ عِلَّتِه وَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِذَا كَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا كَانَ عَمَلُ القَاطِعِ مُتَأَخِّرًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَلهَذَا بَقِيَ القَيْدُ، فَلوْ جَازَ نِكَاحُ الأُخْتِ فِي العِدَّة لزِمَ الجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ وَهُوَ حَرَامٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالحَدُّ لا يَجِبُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَلهَذَا لوْ وَطِئَهَا مَعَ العِلمِ بِالحُرْمَةِ وَجَبَ الحَدُّ. وَوَجْهُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ وُجُوبَهُ عَلى إِشَارَة كِتَابِ الطَّلَاقِ.

قَال: مُعْتَدَّةٌ عَنْ طَلَاقِ ثَلَاثٍ جَاءَتْ بِوَلدٍ لأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا لَمْ يَكُنْ الوَلدُ للزَّوْجِ إِذَا أَنْكَرَهُ، فَفِي قَوْله لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ إِذَا أَنْكَرَهُ دَليلٌ عَلى أَنَّهُ لوْ ادَّعَى ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ فَفِيه إِشَارَةٌ إِلى أَنَّ الوَطْءَ فِي العِدَّة مِنْ طَلَاقِ ثَلَاثٍ لا يَكُونُ زِنًا، إِذْ لوْ كَانَ زِنًا لَمَا ثَبَتَ بِه النَّسَبُ وَإِنْ ادَّعَى.

وَلئِنْ سَلَّمْنَا ذَلكَ بِنَاءً عَلى مَا يَدُلُّ عَليْه عِبَارَةُ كِتَابِ الحُدُود وَهِيَ مَا قَال: إِنَّ مَنْ **طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّة** يَجِبُ عَليْه الحَدُّ إِذَا لَمْ يَدَّعِ الشُّبْهَةَ فَذَاكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ المِلكَ فِي حَقِّ الحِلِّ قَدْ زَال فَيَتَحَقَّقُ الزِّنَا لوُقُوعِ الوَطْءِ فِي غَيْرِ المِلكِ، وَلَمْ يَزُل فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ النَّفَقَة وَالمَنْعِ وَالفِرَاشِ لأَنَّا قَدْ اتَّفَقْنَا عَلى بَقَاءِ المَنْعِ مِنْ الخُرُوجِ وَالفِرَاشِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَاكَ إِلا بِاعْتِبَارِ الحُكْمِ بِقِيَامِ النِّكَاحِ فَقُلنَا بِقِيَامِهِ فِي حَقِّ التَّزَوُّجِ بِالأُخْتِ احْتِيَاطًا فِي التَّفَادِي عَنْ الجَمْعِ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ.

(وَلا يَتَزَوَّجُ المَولى أَمَتَهُ وَلا المَرأَةُ عَبدَهَا) لأَنَّ النِّكَاحَ مَا شُرِعَ إلا مُثمِرًا ثَمَرَاتٍ مُشتَرَكَةً بَينَ المُتَنَاكِحَينِ، وَالمَملُوكِيَّةَ تُنَافِي المَالِكِيَّةَ فَيَمتَنِعُ وُقُوعُ الثَّمَرَةِ عَلى الشَّرِكَةِ.

الشرح:

قَال (**وَلا يَتَزَوَّجُ المَوْلى أَمَتَهُ وَلا المَرْأَةُ عَبْدَهَا**) خلافًا لنُفَاة القِيَاسِ، اسْتَدَلُّوا بِقَوْله تَعَالى ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٣] وقَوْله تَعَالى ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُكُم مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَـٰتِ ﴾ [النساء: ٢٥] (وَلَنَا أَنَّ النِّكَاحَ مَا شُرِعَ إلا مُثْمِرًا ثَمَرَاتٍ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ المُتَنَاكِحَيْنِ) يَعْنِي أَنَّهُ كَمَا يَجِبُ للزَّوْجِ عَلى الزَّوْجَة حَقٌّ يَقْتَضِي مَالكِيَّةَ الزَّوْجِ عَلَيْهَا كَطَلَبِ تَمْكِينِهِ مِنْ وَطْئِهَا وَدَوَاعِيهِ شَرْعًا وَالمَنْعِ عَنْ الخُرُوجِ وَالبُرُوزِ وَالتَّحْصِينِ.

فَكَذَلكَ يَجِبُ لهَا عَلَيْه حَقٌّ يَقْتَضِي مَالكِيَّتَهَا عَلَيْه كَطَلَبِ النَّفَقَة وَالكِسْوَة جَبْرًا وَالسُّكْنَى وَالقَسْمِ وَالمَنْعِ عَنْ العَزْلِ وَالقِيَامِ بِمَصَالحِهَا الرَّاجعَة إلى الزَّوْجِيَّة، فَكَانَ النِّكَاحُ مَشْرُوعًا لإيجَابِ هَذه الثَّمَرَاتِ المُشْتَرَكَة بَيْنَهُمَا، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ منْهُمَا مَالكًا وَمَمْلُوكًا، وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ لأَنَّ المَالكِيَّةَ تَقْتَضِي القَاهِرِيَّةَ وَالمَمْلُوكِيَّة تَقْتَضِي المَقْهُورِيَّةَ وَلا خَفَاءَ فِي التَّنَافِي بَيْنَهُمَا.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُمَا مِنْ جِهَتَيْنِ مُخْتَلفَتَيْنِ، وَلا تَنَافِيَ حِينَئِذٍ. وَأُجِيبَ بِمَنْعِ اخْتلافِ الجِهَةِ بِأَنَّ كَوْنَ المَرْأَةِ مَالكَةً لجَمِيعِ أَجْزَائِهَا إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إلى العَبْدِ، وَكَوْنَهَا مَمْلُوكَةً أَيْضًا إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَة إلى العَبْدِ فَلَمْ تَخْتَلفْ الجِهَةُ.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: المَرْأَةُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مَالكَةٌ للعَبْدِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِه وَلَيْسَتْ بِمَالكَة لمَنَافِعِ بُضْعِه، فَجَازَ أَنْ يَمْلكَ العَبْدُ بِالنِّكَاحِ عَلى سَيِّدَته مَنَافِعَ بُضْعِهَا لأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ عَلى ملك مَنَافِعِ البُضْعِ وَهُوَ لَمْ يَكُنْ مِنْ حَيْثُ مَنَافِعُ بُضْعِه مَمْلُوكًا، وَلا المَوْلاةُ مِنْ حَيْثُ مَنَافِعُ بُضْعِهَا مَالكَةٌ بَل مِنْ حَيْثُ أَجْزَائِهَا فَاخْتَلفَتْ الجِهَةُ وَانْتَفَى التَّنَافِي.

وَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لا تَمْلكُ مَنَافِعَ بُضْعِه فَإِنَّهَا تَقْدرُ عَلى إتْلافه بالإخْصَاءِ وَالجَبِّ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ يَلحَقُهَا، فَكَانَ العَبْدُ مَمْلُوكًا مِنْ حَيْثُ فَرَضْته مَالكًا فَاتَّحَدَتْ الجِهَةُ وَتَحَقَّقَ التَّنَافِي. وَأَمَّا الجَوَابُ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ نُفَاةُ القِيَاسِ مِنْ الآيَة فَبِأَنَّهَا يُعَارِضُهَا

قَوْله تَعَالَى ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ [النور: ٣٢] خَاطَبَ اللَّهُ تَعَالَى الْمَوَالِيَ بِإِنْكَاحِ الإِمَاءِ لا بِنِكَاحِهِنَّ.

فَإِنْ قِيلَ: الآيَةُ سَاكِتَةٌ عَنْ بَيَانِ نِكَاحِهِنَّ وَالسَّاكِتُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ. فَالجَوَابُ أَنَّ الْمَوْضِعَ مَوْضِعُ بَيَانِ مَا يَحْتَجْنَ إِلَيْهِ مِنْ أَمْرِ النِّكَاحِ، وَالسُّكُوتُ عَنْ البَيَانِ فِي مَوْضِعِ الحَاجَةِ إلى البَيَانِ بَيَانٌ.

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الكِتَابِيَّاتِ) لقَوْلِهِ تَعَالى: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ ﴾ **[المائدة: ٥] أَي العَفَائِفُ، وَلا فَرقَ بَيْنَ الكِتَابِيَّةِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ عَلى مَا نُبَيِّنُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.**

الشرح:

(وَيَجُوزُ **تَزْوِيجُ الكِتَابِيَّات** لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ ﴾) قَالَ الْمُصَنِّفُ (أَيْ العَفَائِفُ) فَسَّرَهُ بِذَلِكَ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ ابْنِ عُمَرَ فَإِنَّهُ فَسَّرَهَا بِالْمُسْلِمَات، وَلَيْسَتْ العِفَّةُ شَرْطًا لِجَوَازِ النِّكَاحِ وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا بِنَاءً عَلى العَادَةِ بِدَلالَةِ الغَرَضِ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ [المائدة: ٥]؛ أَيْ وَأُحِلَّ لَكُمْ الْمُحْصَنَاتُ، وَالْمُحْصَنَاتُ مِنْ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ فَلا خَفَاءَ فِي دَلالَتِهِ عَلى الحِلِّ (وَلا فَرْقَ بَيْنَ الكِتَابِيَّةِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ عَلى مَا نُبَيِّنُ مِنْ بَعْدُ) يَعْنِي بَعْدَ أَسْطُرٍ حَيْثُ قَال: وَيَجُوزُ **تَزْوِيجُ الأَمَةِ.**

(وَلا يَجُوزُ تَزوِيجُ المَجُوسِيَّاتِ لقَولِهِ ﷺ «سُنُّوا بِهِم سُنَّةَ أَهل الكِتَابِ غَيرَ نَاكِحِي نِسَائِهِم وَلا آكِلِي ذَبَائِحِهِم») قَال (وَلا الوَثَنِيَّاتِ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ **[البقرة: ٢٢١].**

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ **تَزْوِيجُ المَجُوسِيَّات** لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ**») أَيْ اُسْلُكُوا بِهِمْ طَرِيقَتَهُمْ: يَعْنِي عَامِلُوهُمْ مُعَامَلَةَ هَؤُلاءِ فِي إِعْطَاءِ الأَمَانِ بِأَخْذِ الجِزْيَةِ مِنْهُمْ، رَوَاهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ ﷺ (وَلا) يَجُوزُ **تَزْوِيجُ (الوَثَنِيَّاتِ** لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾) وَهُوَ بِعُمُومِهِ يَتَنَاوَلُ

الوَثَنِيَّةَ وَهِيَ مَنْ تَعَبَّدَ الصَّنَمَ وَغَيْرَهَا.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ أَهْلَ الكِتَابِ مُشْرِكُونَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ وَقَالَتِ ٱلنَّصَٰرَى ٱلْمَسِيحُ ٱبْنُ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة: ٣٠] إلى قَوْلِهِ ﴿ سُبْحَٰنَهُۥ عَمَّا يُشْرِكُونَ ﴾ [التوبة: ٣١] وَقَدْ ذُكِرَ فِي «التَّيْسِيرِ» وَ«الكَشَّافِ» أَنَّ اسْمَ أَهْلِ الشِّرْكِ يَقَعُ عَلَى أَهْلِ الكِتَابِ فَيَكُونُونَ دَاخِلِينَ تَحْتَ المُشْرِكِينَ وَذَلِكَ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ نِكَاحِ الكِتَابِيَّاتِ، وَقَدْ بَيَّنَ المُصَنِّفُ جَوَازَهُ مُسْتَدِلا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ ﴾.

وَالجَوَابُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى عَطَفَ المُشْرِكِينَ عَلَى أَهْلِ الكِتَابِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَتَسْمَعُنَّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ وَمِنَ ٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓا۟ أَذًى كَثِيرًا ﴾ [آل عمران: ١٨٦] وَفِي قَوْلِهِ ﴿ لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ [البينة: ١] وَالمَعْطُوفُ غَيْرُ المَعْطُوفِ عَلَيْهِ لا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ اسْتِعَارَةٌ تَصْرِيحِيَّةٌ تَبَعِيَّةٌ، وَذَلِكَ لأَنَّهُ شَبَّهَ اتِّخَاذَهُمْ الأَحْبَارَ وَالرُّهْبَانَ أَرْبَابًا بِإِشْرَاكِ المُشْرِكِينَ، وَسَرَى ذَلِكَ إلى الفِعْلَيْنِ ثُمَّ تَرَكَ المُشَبَّهَ وَذَكَرَ المُشَبَّهَ بِهِ كَمَا عُرِفَ فِي عِلْمِ البَيَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: اتِّخَاذُهُمْ ذَلِكَ أَرْبَابًا عَيْنُ الشِّرْكِ لا مُشَبَّهَ بِهِ. قُلت: فِيهِ الاسْتِعَارَةُ التَّصْرِيحِيَّةُ، فَإِنَّهُمْ لَمْ يَجْعَلُوهُمْ أَرْبَابًا حَقِيقَةً وَإِنَّمَا كَانُوا يُعَظِّمُونَهَا تَعْظِيمَ الأَرْبَابِ. فَإِنْ قُلت: فَمَا تَقُولُ فِي تَأْوِيلِ ابْنِ عُمَرَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ بالآتي أَسْلَمْنَ مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ؟ قُلت: لَسْنَا نَأْخُذُ بِهِ لِعَرَائِهِ إِذْ ذَاكَ عَنْ الفَائِدَةِ، فَإِنَّ غَيْرَ الكِتَابِيَّةِ أَيْضًا إِذَا أَسْلَمْت حَلَّ نِكَاحُهَا، وَقَدْ جَاءَ عَنْ حُذَيْفَةَ أَنَّهُ تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً، وَكَذَا عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ.

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الصَّابِئَاتِ إِن كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِدِينِ نَبِيٍّ وَيُقِرُّونَ بِكِتَابٍ) لأَنَّهُم مِن أَهلِ الكِتَابِ (وَإِن كَانُوا يَعبُدُونَ الكَوَاكِبَ وَلا كِتَابَ لَهُم لم تَجُز مُنَاكَحَتُهُم) لأَنَّهُم مُشرِكُونَ، وَالخِلافُ المَنقُولُ فِيهِ مَحمُولٌ عَلَى اشتِبَاهِ مَذهَبِهِم، فَكُلٌّ أَجَابَ عَلَى مَا وَقَعَ عِندَهُ، وَعَلَى هَذَا حِلُّ ذَبِيحَتِهِم.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الصَّابِئَاتِ إِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِدِينِ نَبِيٍّ) الصَّابِئَاتُ، مِنْ

صَبَأَ: إذَا خَرَجَ مِنْ الدِّينِ، وَهُمْ قَوْمٌ عَدَلُوا عَنْ دِينِ اليَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّة وَعَبَدُوا الكَوَاكِبَ. وَذُكِرَ فِي الصِّحَاحِ أَنَّهُمْ جِنْسٌ مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ، وَالتَّفْصِيلُ المَذْكُورُ فِي حُكْمِهِمْ مَبْنِيٌّ عَلى هَذَيْنِ التَّفْسِيرَيْنِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالخِلافُ المَنْقُولُ فِيه) يَعْنِي بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْه أَنَّ أَنْكِحَتَهُمْ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ خِلافًا لَهُمَا (مَحْمُولٌ عَلى اشْتِبَاه مَذْهَبِهِمْ، فَكُلٌّ أَجَابَ بِمَا وَقَعَ عِنْدَهُ) وَقَعَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ يَقْرَءُونَ الزَّبُورَ وَلا يَعْبُدُونَ الكَوَاكِبَ لَكِنَّهُمْ يُعَظِّمُونَهَا كَتَعْظِيمِنَا القِبْلَةَ فِي الاسْتِقْبَالِ إلَيْهَا. وَوَقَعَ عِنْدَهُمَا أَنَّهُمْ يَعْبُدُونَ الكَوَاكِبَ وَلا كِتَابَ لَهُمْ فَصَارُوا كَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ، فَإِذًا لا خِلافَ بَيْنَهُمْ فِي الحَقِيقَةِ، لأَنَّهُمْ إنْ كَانُوا كَمَا قَال بِه أَبُو حَنِيفَةَ جَازَتْ مُنَاكَحَتُهُمْ عِنْدَهُمَا أَيْضًا، وَإِنْ كَانُوا كَمَا قَالا فَلا تَجُوزُ مُنَاكَحَتُهُمْ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَحُكْمُ ذَبِيحَتِهِمْ عَلى هَذَا.

قَال (وَيَجُوزُ للمُحرِمِ وَالمُحرِمَةِ أَن يَتَزَوَّجَا فِي حَالَةِ الإِحرَامِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجُوزُ، وَتَزوِيجُ الوَليِّ المُحرِمِ وَليَّتَهُ على هَذَا الخِلافِ. لهُ قَولُهُ ﷺ «لا يَنكِحُ المُحرِمُ وَلا يُنكِحُ»[(١)] وَلنَا مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ تَزَوَّجَ بِمَيمُونَةَ وَهُوَ مُحرِمٌ»[(٢)] وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلى الوَطءِ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ **تَزْوِيجُ المُحْرِمِ وَالمُحْرِمَةِ فِي حَالَةِ الإِحْرَامِ**، وَقَال الشَّافِعِيُّ لا يَجُوزُ، وَتَزْوِيجُ الوَلِيِّ المُحْرِمِ وَلِيَّتَهُ عَلى هَذَا الخِلافِ) لهُ مَا رُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ قَال: قَال رَسُولُ اللَّه ﷺ «**لا يَنْكِحُ المُحْرِمُ وَلا يُنْكِحُ وَلا يَخْطُبُ**» (وَلنَا مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ «أَنَّهُ ﷺ تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ وَهُوَ مُحْرِمٌ») قَال أَبُو عِيسَى التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ حَسَنٌ صَحِيحٌ. فَإِنْ قُلت: النِّكَاحُ مِمَّا يَثْبُتُ بِه حُرْمَةُ المُصَاهَرَةِ فَيَجِبُ أَنْ لا يَجُوزَ عَلى المُحْرِمِ قِيَاسًا عَلى الوَطْءِ إذَا كَانَ الحَدِيثَانِ مُتَعَارِضَيْنِ. قُلت: مَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلى

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح (حديث ٤١)، وأبو داود (١٨٤١)، والترمذي في الحج باب ٢٣ (حديث ٨٤٠).

(٢) أخرجه في الصيد باب ١٢، والنكاح باب ٣٠، والمغازي باب ٤٣، ومسلم في النكاح حديث ٤٦، ٤٧، ٤٨.

الوَطْء: أيْ لا يَطأُ ولا تُمكِّنُهُ المَرْأةُ أنْ يَطأَهَا كَمَا هُوَ فِعْلُ البَعْضِ، وكَانَ القِيَاسُ بَعْدَ ذَلكَ فِي مُقَابَلةِ النَّصِّ وَهُوَ فَاسدٌ.

(وَيَجُوزُ تَزوِيجُ الأَمَةِ مُسلمَةً كَانَت أَو كِتَابِيَّةً) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجُوزُ للحُرِّ أَن يَتَزَوَّجَ بِأَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ لأَنَّ جَوَازَ نِكَاحِ الإِمَاءِ ضَرُورِيٌّ عِندَهُ لِمَا فِيهِ مِن تَعرِيضِ الجُزءِ عَلى الرِّقِّ، وَقَد اندَفَعَت الضَّرُورَةُ بِالمُسلمَةِ وَلِهَذَا جَعَل طَول الحُرَّةِ مَانِعًا مِنهُ. وَعِندَنَا الجَوَازُ مُطلقٌ لإِطلاقِ المُقتَضَى، وَفِيهِ امتِنَاعٌ عَن تَحصِيل الجُزءِ الحُرِّ لا إِرقَاقُهُ وَلهُ أَن لا يُحَصِّل الأَصل فَيَكُونُ لهُ أَن لا يُحَصِّل الوَصفَ.

الشرح:

(وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ مُسْلمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ للحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ لأَنَّ جَوَازَ نِكَاحِ الإِمَاءِ ضَرُورِيٌّ عِنْدَهُ لِمَا فيه مِنْ تَعْرِيضِ الجُزْءِ عَلى الرِّقِّ) إذْ الوَلدُ يَتْبَعُ الأُمَّ فِي الرِّقِّ وَمَا يَثْبُتُ لضَرُورَةٍ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا، وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالمُسْلمَةِ فَلا حَاجَةَ إلى الكِتَابِيَّةِ (وَلِهَذَا) أيْ وَلكَوْنِه ضَرُورِيًّا عِنْدَهُ (جَعَل طُول الحُرَّةِ مَانِعًا مِنْهُ) أيْ تَزَوُّجِ الأَمَةِ لانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ بِالقُدْرَةِ عَلى تَزَوُّجِ الحُرَّةِ.

(وَعِنْدَنَا جَوَازُ نِكَاحِ الأَمَةِ مُطْلقٌ) مُسْلمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً (لإِطْلاقِ المُقْتَضِي) وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ وَقَوْلُهُ ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ وَانْتِفَاءُ المَانِعِ الَّذِي هُوَ أَبْدَاهُ وَهُوَ تَعْرِيضُ الجُزْءِ عَلى الرِّقِّ (لأَنَّ فِيه) أيْ فِي الإِقْدَامِ عَلى نِكَاحِ الأَمَةِ (امْتِنَاعًا عَنْ تَحْصِيل الجُزْءِ الحُرِّ لا إرْقَاقُهُ) لأَنَّهُ لمْ يُوجَدْ بَعْدُ، وَبَعْدَ وُجُودِ المَاءِ فَهُوَ مَوَاتٌ لا يُوصَفُ بِالرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ إلا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَالامْتِنَاعُ عَنْهُ لَيْسَ بِمَانِعٍ شَرْعًا لأَنَّ لهُ أَنْ لا يُحَصِّل الأَصْل بِالعَزْل بِرِضَا المَرْأَةِ وَبِتَزَوُّجِ العَجُوزِ وَالعَقِيمِ فَلأَنْ يَكُونَ لهُ أَنْ لا يُحَصِّل وَصْفَ الحُرِّيَّةِ بِتَزَوُّجِ الأَمَةِ أَوْلى.

(وَلا يَتَزَوَّجُ أَمَةً عَلى حُرَّةٍ) لقَولهِ ﷺ: «لا تُنكَحُ الأَمَةُ عَلى الحُرَّةِ»[1] وَهُوَ بِإِطلاقِهِ حُجَّةٌ عَلى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَجوِيزِهِ ذَلكَ للعَبدِ، وَعَلى مَالكٍ فِي تَجوِيزِهِ ذَلكَ بِرِضَا الحُرَّةِ، وَلأَنَّ للرِّقِّ أَثَرًا فِي تَنصِيفِ النِّعمَةِ عَلى مَا نُقَرِّرُهُ فِي كِتَابِ الطَّلاقِ إِن شَاءَ اللَّهُ فَيَثبُتُ بِهِ حِلُّ المَحَلِّيَّةِ فِي حَالةِ الانفِرَادِ دُونَ حَالةِ الانضِمَامِ (وَيَجُوزُ تَزوِيجُ

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٩/٤) رقم (١١٢) عن عائشة رضي الله عنها.

الحُرَّةِ عَلَيهَا) لقَولهِ ﷺ «وَتُنكَحُ الحُرَّةُ عَلى الأمَةِ»[1] وَلأنَّهَا مِن المُحَلَّلاتِ فِي جَمِيعِ الحَالاتِ إذ لا مُنَصّفَ فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(**وَلا يَتزَوَّجُ أمَةً عَلى حُرَّةٍ**) سَوَاءٌ كَانَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَقَال الشَّافعيُّ: يَجُوزُ ذَلكَ للعَبْد. وَقَال مَالكٌ: يَجُوزُ برِضَا الحُرَّة. وَجْهُ قَوْل الشَّافعيِّ أَنَّ تَزَوُّجَ الأَمَة مَمْنُوعٌ لمَعْنًى فِي المُتزَوِّجِ إذَا كَانَ حُرًّا وَهُوَ تَعْرِيضُ جُزْئه عَلى الرِّقِّ مَعَ الغَنِيَّة عَنْهُ وَهُوَ لا يُوجَدُ فِي حَقِّ العَبْد لأَنَّهُ رَقِيقٌ بجَميعِ أَجْزَائِه. وَوَجْهُ قَوْل مَالكٍ أَنَّ المَنْعَ لحَقِّ الحُرَّة فَإِذَا رَضِيَتْ فَقَدْ أَسْقَطَتْ حَقَّهَا.

وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ فِي مَبْسُوطه: بَلغَنَا عَنْ رَسُول اللَّه ﷺ أَنَّهُ قَال «**لا تُنْكَحُ الأَمَةُ عَلى الحُرَّة**» وَهُوَ بإطْلاقه حُجَّةٌ عَلَيْهِمَا لأَنَّ الرَّأْيَ فِي مُقَابَلة النَّصِّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ. فَإِنْ قُلت: جَوَّزْتُمْ نكَاحَ الأَمَة مُسْلمَةً كَانَتْ أَوْ كتَابِيَّةً بإطْلاق المُقْتَضَى عَلى مَا تَلوْتُمْ فَهَلا جَوَّزْتُمْ نكَاحَهَا عَلى الحُرَّة بذَلكَ؟ قُلت: جَوَّزْنَا هُنَاكَ لوُجُود المُقْتَضي وَانْتفَاءِ المَانعِ وَهَهُنَا وَإِنْ كَانَ المُقْتَضِي مَوْجُودًا لكنَّ المَانعَ غَيْرُ مُنْتَفٍ، وَهُوَ الَّذي أَشَارَ إلَيْه المُصَنِّفُ بقَوْله (وَلأَنَّ للرِّقِّ أَثَرًا فِي تَنْصِيف النِّعْمَة عَلى مَا تَقَرَّرَ فِي الطَّلاق فَيَثْبُتُ به حِلُّ المَحَلِّيَّة فِي حَالة الانْفرَاد دُونَ حَالة الانْضمَام) وَلا عَلَيْنَا أَنْ نُقَرِّرَهُ هَهُنَا.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الحِلَّ الَّذي يَنْبَنِي عَلَيْه عَقْدُ النِّكَاحِ نعْمَةٌ جَديدَةٌ فِي جَانب الرِّجَال وَالنِّسَاءِ جَميعًا، وَكَمَا يَتَنَصَّفُ ذَلكَ الحِلُّ برقِّ الرَّجُل حَتَّى يَتَزَوَّجَ العَبْدُ ثِنْتَيْنِ وَالحُرُّ أَرْبَعًا فَكَذَلكَ يَتَنَصَّفُ برقِّ المَرْأَة لأَنَّ الرِّقَّ هُوَ المُنَصِّفُ وَهُوَ يَشْمَلُهُمَا، وَلا يُمْكنُ إظْهَارُ هَذَا التَّنْصِيف فِي جَانبِهَا بنُقْصَان العَدَد لأَنَّ المَرْأَةَ الوَاحدَةَ لا تَحلُّ إلا لوَاحدٍ، فَظَهَرَ التَّنْصِيفُ باعْتبَار الحَالة.

فَبَعْدَ ذَلكَ نَقُولُ: الأَحْوَالُ ثَلاثٌ: حَالُ مَا قَبْل نكَاحِ الحُرَّة، وَحَالُ مَا بَعْدَهُ، وَحَالُ المُقَارَنَة، وَلكنَّ الحَال الوَاحدَةَ لا تَحْتَملُ التَّجَزُّؤَ فَتَغَلَّبُ الحُرْمَةُ عَلى الحِلِّ فَتُجْعَلُ مُحَلَّلةً سَابقَةً عَلى الحُرَّة وَمُحَرَّمَةً مُقْتَرِنَةً بالحُرَّة أَوْ مُتَأَخِّرَةً عَنْهَا، وَهَذَا المَعْنَى وَهُوَ بُطْلانُ التَّنْصِيف بالرِّقِّ الثَّابت بالدَّليل القَطْعِيِّ مَانعٌ عَنْ العَمَل بإطْلاق المُقْتَضِي فَتَأَمَّل فَإِنَّهُ غَرِيبٌ.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٨٩/٧). وانظر نصب الراية (٢٢٣/٣).

وَيَجُوزُ تَزوِيجُ الحُرَّةِ عَليهَا لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «وَتُنكَحُ الحُرَّةُ عَلى الأَمَةِ» وَلأَنَّهَا مِن المُحَلَّلاتِ فِي جَمِيعِ الحَالاتِ لعَدَمِ المُنَصِّفِ فِي حَقِّهَا) فَجَازَ العَمَلُ بإِطلاقِ المُقتَضِي عِندَ انتِفَاءِ المَانِعِ

(فَإِن تَزَوَّجَ أَمَةً عَلى حُرَّةٍ فِي عِدَّةٍ مِن طَلَاقٍ بَائِنٍ أَو ثَلاثٍ لم يَجُز عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَيَجُوزُ عِندَهُمَا) لأَنَّ هَذَا لَيسَ بِتَزَوُّجٍ عَليهَا وَهُوَ المُحَرَّمُ، وَلِهَذَا لو حَلَفَ لا يَتَزَوَّجُ عَليهَا لم يَحنَث بِهَذَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ نِكَاحَ الحُرَّةِ بَاقٍ مِن وَجهٍ لبَقَاءِ بَعضِ الأَحكَامِ فَيَبقَى المَنعُ احتِيَاطًا، بِخِلافِ اليَمِينِ لأَنَّ المَقصُودَ أَن لا يُدخِلَ غَيرَهَا فِي قَسمِهَا.

الشرح:

(فَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةً عَلى حُرَّةٍ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلاثٍ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا) وَوَجْهُ الجَانِبَيْنِ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَلا بُدَّ لَهُمَا مِنْ فَرْقٍ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا مِنْ طَلاقٍ بَائِنٍ فَإِنَّهُمَا لَمْ يُجَوِّزَاهُ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَقَالُوا فِي الفَرْقِ لَهُمَا: إِنَّ المُحَرَّمَ هُنَاكَ الجَمْعُ فَإِذَا تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا صَارَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا فِي حُقُوقِ النِّكَاحِ فَلا يَجُوزُ، وَأَمَّا هَذَا المَنْعُ فَلَيْسَ لأَجْلِ الجَمْعِ، فَإِنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ الأَمَةَ ثُمَّ الحُرَّةَ صَحَّ نِكَاحُهُمَا، وَلَكِنَّهُ بِاعْتِبَارِ إِدْخَالِ نَاقِصَةِ الحَالِ عَلى كَامِلَةِ الحَالِ وَهَذَا لا يُوجَدُ بَعْدَ البَيْنُونَةِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: نِكَاحُ الأُولَى قَائِمٌ مَا دَامَتْ فِي العِدَّةِ أَوْ لا؟ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَرَدَ عَلَيْهِمَا هَذِهِ المَسْأَلَةُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَتِلْكَ المَسْأَلَةُ. وَقَدْ نُقِلَ فِي النِّهَايَةِ عَنْ «المَبْسُوطِ» وَ«الأَسْرَارِ» فَرْقٌ آخَرُ أَضْعَفُ مِنْ هَذَا فَلا حَاجَةَ إِلى ذِكْرِهِ.

(وَللحُرِّ أَن يَتَزَوَّجَ أَربَعًا مِن الحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ، وَلَيسَ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَ أَكثَرَ مِن ذَلكَ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٣] وَالتَّنصِيصُ عَلى العَدَدِ يَمنَعُ الزِّيَادَةَ عَليهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَتَزَوَّجُ إِلا أَمَةً وَاحِدَةً لأَنَّهُ ضَرُورِيٌّ عِندَهُ: وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا تَلَونَا إِذ الأَمَةُ المَنكُوحَةُ يَنتَظِمُهَا اسمُ النِّسَاءِ كَمَا فِي الظِّهَارِ.

الشرح:

قَال (وَللحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنْ الحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ) أَوْ مِنْهُمَا إِذَا قَدَّمَ الأَمَةَ عَلى الحُرَّةِ (وَلا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالى ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ

مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾) نَصَّ عَلَى العَدَدِ (وَالتَّنْصِيصُ عَلى العَدَدِ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ) وَفِيهِ بَحْثٌ لأَنَّ هَذَا مَعْدُولٌ وَهُوَ وَصْفٌ وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْ الصَّرْفِ لِلعَدْلِ وَالوَصْفِ فَكَانَ مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ، وَذَلِكَ لا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الحُكْمِ عَمَّا عَدَاهُ فَتَثْبُتُ الزِّيَادَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾.

سَلَّمْنَا أَنَّهُ عَدَدٌ وَلَكِنْ لا نُسَلِّمُ أَنَّ التَّنْصِيصَ عَلَيْهِ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَ: «**إِنَّمَا يُغْسَلُ الثَّوْبُ مِنْ خَمْسٍ: مِنْ بَوْلٍ، وَغَائِطٍ، وَقَيْءٍ، وَمَنِيٍّ، وَدَمٍ**» وَبِالاتِّفَاقِ يُغْسَلُ مِنْ الخَمْرِ أَيْضًا مَعَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَصَّ عَلَى العَدَدِ مَعَ كَلِمَةِ الحَصْرِ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّهُ بِحَسَبِ الأَصْلِ مِنْ الأَعْدَادِ وَإِنْ اُسْتُعْمِلَ وَصْفًا، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مَعْنَاهُ إِنَّمَا يُغْسَلُ الثَّوْبُ مِنْ خَمْسٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْ بَدَنِ الآدَمِيِّ، لأَنَّ هَذَا الحَدِيثَ خَرَجَ جَوَابًا لِسُؤَالِ مَنْ سَأَلَ عَنْ النَّجَاسَةِ وَهُوَ مُنْحَصِرٌ عَلَى هَذَا العَدَدِ.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَاهُ لَكِنْ مُقْتَضَاهُ التِّسْعُ أَوْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ لِمَا أَنَّ الوَاوَ لِلجَمْعِ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الوَهْمَ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَ الرَّافِضَةَ لَعَنَهُمْ اللَّهُ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَفْضَلِ المَوْجُودَاتِ مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِذَلِكَ بِفَضِيلَةِ النُّبُوَّةِ أَوْ ازْدِيَادِهِمْ عَلَيْهِ، فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى جَوَازِ التِّسْعِ، وَعَنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى جَوَازِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ نَظَرًا إِلَى مَعْنَى العُدُولِ وَحَرْفِ الجَمْعِ، وَلَكِنْ لَيْسَ الأَمْرُ عَلَى مَا تَوَهَّمُوا لأَنَّ المُرَادَ بِمِثْلِ هَذَا الكَلامِ أَحَدُ هَذِهِ الأَعْدَادِ.

قَالَ الفَرَّاءُ: لا وَجْهَ لِحَمْلِ هَذَا عَلَى الجَمْعِ لأَنَّ العِبَارَةَ عَنْ التِّسْعِ بِهَذَا اللَّفْظِ مِنْ العِيِّ فِي الكَلامِ وَالكَلامُ المَجِيدُ مُنَزَّهٌ عَنْ ذَلِكَ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ غَيْلانَ الثَّقَفِيِّ وَبَيْنَ مَا زَادَ عَلَى الأَرْبَعِ مِنْ النِّسْوَةِ حِينَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ» وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْ أَحَدٍ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ وَلا بَعْدَهُ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ نِكَاحًا.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَتَزَوَّجُ إِلا أَمَةً وَاحِدَةً لأَنَّهُ) أَيْ نِكَاحَ الأَمَةِ (ضَرُورِيٌّ) فِي حَقِّ الحُرِّ (عِنْدَهُ) كَمَا تَقَدَّمَ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالوَاحِدَةِ (وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا تَلَوْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم ﴾ فَإِنَّ اسْمَ النِّسَاءِ يَنْتَظِمُ الأَمَةَ المَنْكُوحَةَ، كَمَا فِي الظِّهَارِ فَإِنَّ آيَتَهُ مَذْكُورَةٌ بِلَفْظِ النِّسَاءِ وَيَتَنَاوَلُ الأَمَةَ المَنْكُوحَةَ.

(وَلا يَجُوزُ للعَبدِ أَن يَتَزَوَّجَ أَكثَرَ مِن اثنَتَينِ) وَقَال مَالكٌ: يَجُوزُ لأَنَّهُ فِي حَقِّ النِّكَاحِ بِمَنزِلَةِ الحُرِّ عِندَهُ حَتَّى مَلَّكَهُ بِغَيرِ إذنِ المَولى. وَلنَا أَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ فَيَتَزَوَّجُ العَبدُ اثنَتَينِ وَالحُرُّ أَربَعًا إظهَارًا لشَرَفِ الحُرِّيَّةِ.

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ للعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ ثِنْتَيْنِ). وَقَال مَالكٌ: يَجُوزُ لأَنَّهُ فِي حَقِّ النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ عِنْدَهُ) لأَنَّهُ يَمْلكُ أَصْل النِّكَاحِ بالإجْمَاعِ وَلوْ لمْ يَكُنْ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ فِي حَقِّ النِّكَاحِ لمَا مَلكَهُ، كَمَا أَنَّهُ لا يَمْلكُ المَال وَلهَذَا قَال جَازَ لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلاهُ كَمَا أَنَّ لهُ أَنْ يُطَلِّقَ بغَيْرِ إذْنِه.

(وَلنَا أَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ) عَلى مَا سَيَجِيءُ فِي الطَّلاقِ كَمَا وَعَدَهُ المُصَنِّفُ (فَيَتَزَوَّجُ العَبْدُ اثْنَتَيْنِ وَالحُرُّ أَرْبَعًا إظْهَارًا لشَرَفِ الحُرِّيَّةِ) وَتَمَلُّكُهُ أَصْل النِّكَاحِ لا يَمْنَعُ التَّنْصِيفَ بِالرِّقِّ كَالأَمَةِ المَنْكُوحَةِ فَإِنَّهَا تَمْلكُ طَلبَ القَسْمِ وَيَتَنَصَّفُ قَسْمُهَا.

قَال (فَإِن طَلَّقَ الحُرُّ إحدَى الأَربَعِ طَلاقًا بَائِنًا لم يَجُز لهُ أَن يَتَزَوَّجَ رَابِعَةً حَتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُهَا) وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ نَظِيرُ نِكَاحِ الأُختِ فِي عِدَّةِ الأُختِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ طَلَّقَ الحُرُّ) ظَاهِرٌ.

قَال (فَإِن تَزَوَّجَ حُبلى مِن زِنًا جَازَ النِّكَاحُ وَلا يَطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَملهَا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ (وَإِن كَانَ الحَملُ ثَابِتَ النَّسَبِ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ بِالإِجمَاعِ) لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الامتِنَاعَ فِي الأَصل لحُرمَةِ الحَمل، وَهَذَا الحَملُ مُحتَرَمٌ لأَنَّهُ لا جِنَايَةَ مِنهُ، وَلهَذَا لم يَجُز إسقَاطُهُ. وَلهُمَا أَنَّهَا مِن المُحَلَّلاتِ بِالنَّصِّ وَحُرمَةُ الوَطءِ كَي لا يَسقِيَ مَاءَهُ زَرعَ غَيرِهِ، وَالامتِنَاعُ فِي ثَابِتِ النَّسَبِ لحَقِّ صَاحِبِ المَاءِ وَلا حُرمَةَ للزَّانِي.

الشرح:

الحَمْلُ ثَابتَ النَّسَبِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ فِي قَوْلهِمْ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قَال أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: جَازَ النِّكَاحُ، وَلا يَطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلهَا وَقَال أَبُو يُوسُفَ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ لأَنَّ الامْتِنَاعَ فِي الأَصْل) أَيْ فِي الحَمْل الثَّابتِ بِالنَّسَبِ إنَّمَا

كَانَ (لِحُرْمَةِ الحَمْلِ، وَهَذَا الحَمْلُ مُحْتَرَمٌ لأَنَّهُ لا جِنَايَةَ مِنْهُ، وَلِهَذَا لَمْ يَجُزْ إِسْقَاطُهُ).

وَالحَاصِلُ أَنَّهُ قَاسَ حَمْلَ الزِّنَا عَلى الحَمْلِ الثَّابِتِ النَّسَبِ بِعِلَّةِ حُرْمَةِ الحَمْلِ (وَلَهُمَا أَنَّهَا مِنْ المُحَلَّلاتِ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُه تَعَالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٤] وَكُلُّ مَنْ كَانَتْ كَذَلِكَ جَازَ نِكَاحُهَا. فَإِنْ قُلت: مَا بَالُ الحَمْلِ الثَّابِتِ النَّسَبِ لَمْ يَدْخُل تَحْتَ هَذَا النَّصِّ؟ قُلت: لِمَكَانِ قَوْلِه تَعَالى ﴿ وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٣٥] فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ مِنْ المُحَلَّلاتِ لَحَلَّ وَطْؤُهَا بَعْدَ وُرُودِ العَقْدِ عَلَيْهَا. أَجَابَ بِقَوْلِه (وَحُرْمَةُ الوَطْءِ لا يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِه) وَحُرْمَةُ الوَطْءِ لِعَارِضٍ يَحْتَمِلُ الزَّوَالَ لا يَسْتَلزِمُ فَسَادَ النِّكَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيْضِ وَالنِّفَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَالامْتِنَاعُ فِي ثَابِتِ النَّسَبِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ أَبِي يُوسُفَ. وَتَقْرِيرُهُ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ فَسَادَ النِّكَاحِ لِحُرْمَةِ الحَمْلِ بَل إِنَّمَا هُوَ (لِحَقِّ صَاحِبِ المَاءِ وَلا حُرْمَةَ لِمَاءِ الزَّانِي)

(فَإِن تَزَوَّجَ حَامِلا مِن السَّبْيِ فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ) لأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَ حَامِلا مِنْ السَّبْيِ) صُورَتُهُ أَنْ تُسْبَى الحَرْبِيَّةُ حَامِلا فَيُرِيدَ السَّابِي أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لا يَجُوزُ مَا لَمْ تَضَعْ الحَمْلَ، لأَنَّ النَّسَبَ مِنْ زَوْجِهَا ثَابِتٌ فَكَانَ المَاءُ مُحْتَرَمًا وَاجِبَ الصِّيَانَةِ وَكَذَلِكَ حُكْمُ المُهَاجِرَةِ.

(وَإِن زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ) لأَنَّهَا فِرَاشٌ لِمَولاهَا حَتَّى يَثْبُتَ نَسَبُ وَلَدِهَا مِنهُ مِن غَيرِ دَعوَةٍ، فَلَو صَحَّ النِّكَاحُ لَحَصَلَ الجَمعُ بَينَ الفِرَاشَينِ، إلا أَنَّهُ غَيرُ مُتَأَكِّدٍ حَتَّى يَنتَفِيَ الوَلَدُ بِالنَّفيِ مِن غَيرِ لِعَانٍ فَلا يُعتَبَرُ مَا لَم يَتَّصِل بِهِ الحَملُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِه وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ لأَنَّهَا فِرَاشٌ لِمَوْلاهَا) لِوُجُودِ حَدِّهِ وَهُوَ صَيْرُورَةُ المَرْأَةِ مُتَعَيِّنَةً لِثُبُوتِ نَسَبِ الوَلَدِ مِنْهُ، وَكُلُّ مَنْ كَانَتْ فِرَاشًا لِشَخْصٍ لا يَجُوزُ نِكَاحُهَا لِئَلا يَحْصُلَ الجَمْعُ بَيْنَ الفِرَاشَيْنِ فَإِنَّهُ سَبَبُ الحُرْمَةِ فِي المُحْصَنَاتِ مِنْ النِّسَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ فِرَاشًا لَبَطَلَ نِكَاحُهَا حَائِلا أَيْضًا. أَجَابَ بِقَوْلِه (إِلا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ حَتَّى يَنْتَفِيَ الوَلَدُ بِالنَّفْيِ مِنْ غَيْرِ لِعَانٍ) وَكَانَ فِرَاشًا ضَعِيفًا (فَلا يُعْتَبَرُ مَا لَمْ يَتَّصِل بِهِ الحَمْلُ) لأَنَّ الحَمْلَ مَانِعٌ فِي الجُمْلَةِ، وَكَذَلِكَ الفِرَاشُ، فَعِنْدَ

اجْتِمَاعِهِمَا يَحْصُلُ التَّأَكُّدُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ غَيْرَ مُتَأَكِّدٍ وَيَنْتَفِي الوَلَدُ بِالنَّفْيِ مِنْ غَيْرِ لِعَانٍ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الإِقْدَامُ عَلَى النِّكَاحِ نَفْيًا لِلنَّسَبِ فَإِنَّهُ يَقْبَلُ النَّفْيَ دَلالَةً، كَمَا إِذَا قَالَ لِجَارِيَةٍ لَهُ وَلَدَتْ ثَلاثَةَ أَوْلادٍ فِي بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ هَذَا الأَكْبَرُ مِنِّي، فَإِنَّهُ يَنْتَفِي نَسَبُ البَاقِينَ، وَإِذَا انْتَفَى نَسَبُهُ كَانَ حَمْلا غَيْرَ ثَابِتِ النَّسَبِ، وَفِي مِثْلِهِ يَجُوزُ النِّكَاحُ كَمَا تَقَدَّمَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ دَلالَةٌ، وَالدَّلالَةُ إِنَّمَا تُعْمَلُ إِذَا لَمْ يُخَالِفْهَا صَرِيحٌ، وَالصَّرِيحُ هَاهُنَا مَوْجُودٌ لأَنَّ المَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الحَمْلُ مِنْهُ فَإِنَّهُ قَالَ رَجُلٌ زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ وَإِنَّمَا يَكُونُ الحَمْلُ مِنْهُ إِذَا أَقَرَّ بِهِ، وَإِنَّمَا ذُكِرَ لَفْظُ الفَاسِدِ فِي المَسْأَلَتَيْنِ المُتَقَدِّمَتَيْنِ وَلَفْظُ البَاطِلِ هَاهُنَا وَإِنْ كَانَ المُرَادُ بِالفَاسِدِ هُنَاكَ البَاطِلَ أَيْضًا عَلَى مَا ذَكَرَهُ فَخْرُ الإِسْلامِ وَقَالَ: لأَنَّ ثُبُوتَ المِلْكِ فِي بَابِ النِّكَاحِ مَعَ المُنَافِي إِنَّمَا هُوَ لِضَرُورَةِ تَحَقُّقِ المَقَاصِدِ مِنْ حِلِّ الاسْتِمْتَاعِ لِلتَّوَالُدِ وَالتَّنَاسُلِ، فَلا حَاجَةَ إِلَى عَقْدٍ لا يَتَضَمَّنُ المَقَاصِدَ وَلا يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ لأَنَّ الحُرْمَةَ فِي المُتَقَدِّمَتَيْنِ أَهْوَنُ.

أَمَّا فِي الحَمْلِ مِنْ الزِّنَا فَلأَنَّ الحُرْمَةَ فِيهَا مُخْتَلَفٌ فِيهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي المَسْبِيَّةِ فَكَذَلِكَ عَلَى مَا رَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ جَازَ النِّكَاحُ وَلَكِنْ لا يَقْرَبُهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا.

قَالَ (وَمَن وَطِئَ جَارِيَتَهُ ثُمَّ زَوَّجَهَا جَازَ النِّكَاحُ) لأَنَّهَا ليست بِفِرَاشٍ لِمَولاهَا فَإِنَّهَا لو جَاءَت بِوَلَدٍ لا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِن غَيرِ دَعوَةٍ إلا أَنَّ عَلَيهِ أَن يَستَبرِئَهَا صِيَانَةً لِمَائِهِ، وَإِذَا جَازَ النِّكَاحُ (فَلِلزَّوجِ أَن يَطَأَهَا قَبل الاستِبرَاءِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا أُحِبُّ لهُ أَن يَطَأَهَا حَتَّى يَستَبرِئَهَا لأَنَّهُ احتَمَل الشَّغل بِمَاءِ المَولى فَوَجَبَ التَّنَزُّهُ كَمَا فِي الشِّرَاءِ. وَلَهُمَا أَنَّ الحُكمَ بِجَوَازِ النِّكَاحِ أَمَارَةُ الفَرَاغِ فَلا يُؤمَرُ بِالاستِبرَاءِ لا استِحبَابًا وَلا وُجُوبًا. بِخِلافِ الشِّرَاءِ لأَنَّهُ يَجُوزُ مَعَ الشَّغل.

الشرح:

(وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ ثُمَّ زَوَّجَهَا جَازَ النِّكَاحُ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِفِرَاشٍ لِمَوْلاهَا) لِعَدَمِ حَدِّ الفِرَاشِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (فَإِنَّهَا لَوْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ إلا أَنَّ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى المَوْلَى أَنْ (يَسْتَبْرِئَهَا) قَالَ الشَّارِحُونَ: مَعْنَى عَلَيْهِ الاسْتِحْبَابُ دُونَ

الوُجُوبِ، وَذَلِكَ لأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ فَيُقَالُ: إِنَّهُ أَرَادَ بِهِ الاسْتِحْبَابَ صِيَانَةً لِمَائِه، وَقَدْ صَرَّحَ فِي فَتَاوَى الوَلوَالِجِيِّ بِالاسْتِحْبَابِ.

(وَإِذَا جَازَ النِّكَاحُ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَطَأَهَا قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا لأَنَّهُ احْتَمَلَ الشُّغْلَ بِمَاءِ الوَلِيِّ) وَلَوْ تَحَقَّقَ الاشْتِغَالُ بِمَاءِ الغَيْرِ كَانَ الوَطْءُ حَرَامًا، فَإِذَا احْتَمَلَ ذَلِكَ ثَبَتَ التَّنَزُّهُ (كَمَا فِي الشِّرَاءِ) فَإِنَّ المُوجِبَ فِيهِ احْتِمَالُ الشُّغْلِ، لَكِنَّ جَوَازَ الإِقْدَامِ عَلَى النِّكَاحِ أَوْرَثَ ضَعْفًا فِي السَّبَبِ فَيَكُونُ مُسْتَحَبًّا. وَلَهُمَا أَنَّا قَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى جَوَازِ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ حَبَلِ زَانٍ.

وَالحُكْمُ بِجَوَازِ النِّكَاحِ فِي مِثْلِه أَمَارَةُ فَرَاغِ الرَّحِمِ لأَنَّ النِّكَاحَ لَمْ يُشْرَعْ إلا عَلَى رَحِمٍ فَارِغٍ عَنْ شَاغِلٍ مُحْتَرَمٍ، وَإِنْ كَانَ الرَّحِمُ فَارِغًا لا يُؤْمَرُ بِالاسْتِبْرَاءِ لا اسْتِحْبَابًا وَلا وُجُوبًا إِذْ الحُكْمُ لا يَثْبُتُ بِلا سَبَبٍ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الاسْتِحْبَابُ وَكَانَ حَقُّهُ التَّأْخِيرَ لأَنَّ نَفْيَهُ يَسْتَلزِمُ نَفْيَ الوُجُوبِ فَكَانَ تَقْدِيمُهُ يُوجِبُ الاسْتِغْنَاءَ عَنْ نَفْيِ الوُجُوبِ، إِمَّا لأَنَّ الخَصْمَ يَقُولُ بِهِ فَكَانَ نَفْيُهُ أَهَمَّ، وَإِمَّا لِيَتَّصِلَ بِقَوْلِهِ بِخِلافِ الشِّرَاءِ فَإِنَّ الاسْتِبْرَاءَ فِيهِ وَاجِبٌ.

وَمَنْ تَذَكَّرَ مَا سَلَفَ مِنْ المَسَائِلِ يَفْطِنُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ القُيُودِ الَّتِي لَمْ يُصَرِّحْ بِذِكْرِهَا المُصَنِّفُ اسْتِغْنَاءً عَنْهَا بِمَا تَضَمَّنَ كَلامُهُ فِيمَا سَلَفَ، وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الشِّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ النِّزَاعِ عَلَى الشِّرَاءِ بِالفَارِقِ وَهُوَ أَنَّ الشِّرَاءَ مَعَ الشُّغْلِ جَائِزٌ دُونَ النِّكَاحِ، فَالحُكْمُ بِجَوَازِ النِّكَاحِ أَمَارَةُ الفَرَاغِ وَإِلا لَكَانَ حُكْمًا بِمَا لا يَجُوزُ وَلا كَذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ فَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ.

(وَكَذَا إِذَا رَأَى امرَأَةً تَزنِي فَتَزَوَّجَهَا حَلَّ لَهُ أَن يَطَأَهَا قَبلَ أَن يَستَبرِئَهَا عِندَهُمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا أُحِبُّ لَهُ أَن يَطَأَهَا مَا لَم يَستَبرِئهَا) وَالمَعنَى مَا ذَكَرنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا رَأَى امْرَأَةً تَزْنِي) ظَاهِرٌ. وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لا تَحِلَّ لأَنَّ احْتِمَالَ الشُّغْلِ قَائِمٌ، وَدَلِيلُ الحُرْمَةِ عِنْدَ مُعَارَضَةِ دَلِيلِ الحِلِّ رَاجِحٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تَعَارَضَ الاحْتِمَالُ لأَنَّ احْتِمَالَ وُجُودِ الحِلِّ وَعَدَمِه، فَعِنْدَ ذَلِكَ رَجَّحْنَا جَانِبَ العَدَمِ لأَصَالَتِهِ وَلِتَقَوِّي الأَصَالَةِ هُنَا بِعَدَمِ حُرْمَةِ صَاحِبِ المَاءِ.

قال (وَنِكَاحُ المُتعَةِ بَاطِلٌ) وَهُوَ أَن يَقُول لامرأَةٍ أَتَمَتَّعُ بِك كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِن المَال وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ جَائِزٌ لأَنَّهُ كَانَ مُبَاحًا فَيَبقَى إلى أَن يَظهَرَ نَاسِخُهُ. قُلنَا: ثَبَتَ النَّسخُ بِإجمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُم وَابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا صَحَّ رُجُوعُهُ إلى قَولِهِم فَتَقَرَّرَ الإجمَاعُ.

الشرح:

قَال (وَنِكَاحُ المُتْعَة بَاطِلٌ) صُورَةُ المُتْعَة مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ (أَنْ يَقُول الرَّجُلُ لامْرَأَةٍ أَتَمَتَّعُ بِك كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِنْ المَال) أَوْ يَقُولُ خُذِي مِنِّي هَذِه العَشَرَةَ لأَسْتَمْتِعَ بِك أَيَّامًا، أَوْ مَتِّعِينِي نَفْسَك أَيَّامًا أَوْ عَشَرَةَ أَيَّامٍ أَوْ لَمْ يَقُل أَيَّامًا، وَهَذَا عِنْدَنَا بَاطِلٌ (وَقَال مَالكٌ هُوَ جَائِزٌ) وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْل ابْنِ عَبَّاسٍ (لأَنَّهُ كَانَ مُبَاحًا) بالاتِّفَاقِ (فَيَبْقَى إلى أَنْ يَظْهَرَ نَاسِخُهُ. قُلنَا: قَدْ ظَهَرَ نَاسِخُهُ بِإجْمَاعِ الصَّحَابَة).

وَبَيَانُ ذَلكَ أَنَّهُ وَرَدَتْ الأَحَاديثُ الدَّالَّةُ عَلى نَسْخِهَا: مِنْهَا مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الحَنَفِيَّة عَنْ عَليِّ بْنِ أَبِي طَالبٍ «أَنَّ مُنَادِي رَسُول اللَّه ﷺ نَادَى يَوْمَ خَيْبَرَ: «**أَلا إنَّ اللَّهَ وَرَسُولهُ يَنْهَيَانكُمْ عَنْ المُتْعَة**». وَمِنْهَا حَديثُ الرَّبِيعِ بْنِ سَبْرَةَ قَال: «أَحَلَّ رَسُولُ اللَّه ﷺ المُتْعَةَ عَامَ الفَتْحِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، فَجِئْت مَعَ ابْنِ عَمٍّ لي إلى بَابِ امْرَأَة وَمَعَ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنَّا بُرْدَةٌ، وَكَانَتْ بُرْدَةُ ابْنِ عَمِّي أَحْسَنَ مِنْ بُرْدَتِي، فَخَرَجَتْ امْرَأَةٌ كَأَنَّهَا دُمْيَةُ عَيْطَاءَ فَجَعَلتْ تَنْظُرُ إلى شَبَابِي وَإلى بُرْدَتِه، فَقَالتْ: هَلا بُرْدَةٌ كَبُرْدَة هَذَا أَوْ شَبَابًا كَشَبَابِ هَذَا؟ ثُمَّ آثَرَتْ شَبَابِي عَلى بُرْدَتِه، فَبِتّ عِنْدَهَا، فَلمَّا أَصْبَحْت إذَا مُنَادِي رَسُول اللَّه ﷺ يُنَادِي: «**أَلا إنَّ اللَّهَ وَرَسُولهُ يَنْهَيَانكُمْ عَنْ المُتْعَة، فَانْتَهَى النَّاسُ عَنْهَا**» ثُمَّ أَجْمَعَ الصَّحَابَةُ عَلى أَنَّ المُتْعَةَ قَدْ انْتَسَخَتْ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ فَكَانَتْ الأَحَاديثُ نَاسِخَةً وَالإجْمَاعُ مُظْهِرًا لأَنَّ نَسْخَ الكِتَابِ وَالسُّنَّة بالإجْمَاعِ ليْسَ بِصَحِيحٍ عَلى مَذْهَبِ الصَّحِيحِ.

فَإنْ قِيل: أَيْنَ الإجْمَاعُ وَقَدْ كَانَ ابْنُ عَبَّاسٍ مُخَالفًا؟ أَجَابَ بِقَوْله (وَابْنُ عَبَّاسٍ صَحَّ رُجُوعُهُ إلى قَوْلهِمْ) رَوَى جَابِرُ بْنُ زَيْد أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ مَا خَرَجَ مِنْ الدُّنْيَا حَتَّى رَجَعَ عَنْ قَوْله فِي الصَّرْفِ وَالمُتْعَة (فَتَقَرَّرَ الإجْمَاعُ) وَقِيل فِي نِسْبَة جَوَازِ المُتْعَة إلى مَالكٍ نَظَرٌ لأَنَّهُ رَوَى الحَديثَ فِي المُوَطَّأِ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَبْد اللَّهِ وَالحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَليٍّ

عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ، وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الحُمُرِ الإِنْسِيَّةِ»[1].

وَقَالَ فِي المُدَوَّنَةِ: وَلا يَجُوزُ النِّكَاحُ إلى أَجَلٍ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ وَإِنْ سَمَّى صَدَاقًا وَهَذِهِ المُتْعَةُ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ المُصَنِّفُ قَدْ اطَّلَعَ عَلَى قَوْلٍ لهُ عَلَى خِلافِ مَا فِي المُدَوَّنَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يَرْوِي حَدِيثًا يَكُونُ وَاجِبَ العَمَلِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ مَا يُعَارِضُهُ أَوْ يُرَجِّحُ عَلَيْهِ.

(وَالنِّكَاحُ المُؤَقَّتُ بَاطِلٌ) مِثلُ أن يَتَزَوَّجَ امرَأةً بِشَهَادَةِ شَاهِدَينِ إلى عَشَرَةِ أَيَّامٍ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ صَحِيحٌ لازِمٌ لأنَّ النِّكَاحَ لا يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ. وَلَنا أَنَّهُ أَتَى بِمَعنَى المُتعَةِ وَالعِبرَةُ فِي العُقُودِ للمَعَانِي، وَلا فَرقَ بَينَ مَا إذَا طَالت مُدَّةُ التَّاقِيتِ أو قَصُرَت لأنَّ التَّاقِيتَ هُوَ المُعَيِّنُ لجِهَةِ المُتعَةِ وَقَد وُجِدَ

الشرح:

(وَالنِّكَاحُ المُؤَقَّتُ بَاطِلٌ مِثْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ إلى عَشَرَةِ أَيَّامٍ). وَالَّذِي يُفْهَمُ مِنْ عِبَارَةِ المُصَنِّفِ فِي الفَرْقِ بَيْنَهُمَا شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا: وُجُودُ لفْظٍ يُشَارِكُ المُتْعَةَ فِي الاشْتِقَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا آنِفًا فِي نِكَاحِ المُتْعَةِ.

وَالثَّانِي: شُهُودُ الشَّاهِدَيْنِ فِي النِّكَاحِ المُوَقَّتِ مَعَ ذِكْرِ لفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ النِّكَاحِ وَأَنْ تَكُونَ المُدَّةُ مُعَيَّنَةً (وَقَال زُفَرُ هُوَ صَحِيحٌ لازِمٌ) لأَنَّ التَّوْقِيتَ شَرْطٌ فَاسِدٌ لكَوْنِهِ مُخَالفًا لمُقْتَضَى عَقْدِ النِّكَاحِ، وَالنِّكَاحُ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

(وَلَنَا أَنَّهُ أَتَى بِمَعْنَى المُتْعَةِ) بِلفْظِ النِّكَاحِ لأَنَّ مَعْنَى المُتْعَةِ هُوَ الاسْتِمْتَاعُ بِالمَرْأَةِ لا لقَصْدِ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لأَنَّهَا لا تَحْصُلُ فِي مُدَّةٍ قَلِيلةٍ (وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ للمَعَانِي) دُونَ الأَلفَاظِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الكَفَالةَ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ حَوَالةٌ وَالحَوَالةُ بِشَرْطِ مُطَالبَةِ الأَصِيلِ كَفَالةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إذَا طَالتْ مُدَّةُ التَّأْقِيتِ أَوْ قَصُرَتْ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ إِنَّهُمَا إِنْ ذَكَرَا مِنْ الوَقْتِ مَا يُعْلمُ أَنَّهُمَا لا يَعِيشَانِ إِليْهِ كَمِائَةِ سَنَةٍ أَوْ

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٢٣)، ومسلم (١٩).

أَكْثَرَ كَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا لأَنَّهُ فِي مَعْنَى التَّأْبِيد. وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّأْقِيتَ مُعَيِّنٌ لجِهَةِ المُتْعَة، فَإِنَّ قَوْلَهُ تَزَوَّجْتُك للنِّكَاحِ وَمُقْتَضَاهُ التَّأْبِيدُ لأَنَّهُ لَمْ يُوضَعْ شَرْعًا إلا لذَلكَ وَلَكنَّهُ يَحْتَملُ المُتْعَةَ؛ فَإذَا قَال إلى عَشَرَة أَيَّامٍ عَيَّنَ التَّوْقِيتَ جِهَةَ كَوْنه مُتْعَةً مَعْنًى، وَفي هَذَا المَعْنَى المُدَّةُ القَليلةُ وَالكَثِيرَةُ سَوَاءٌ وَاسْتَشْكَلَ هَذه المَسْأَلةَ بمَا إذَا شَرَطَ وَقْتَ العَقْدِ أَنْ يُطَلِّقَهَا بَعْدَ شَهْرٍ فَإِنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ وَالشَّرْطَ بَاطِلٌ، وَلا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا نَحْنُ فيه.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ لأَنَّ الطَّلاقَ قَاطِعٌ للنِّكَاحِ فَاشْتِرَاطُهُ بَعْدَ شَهْرٍ لِيَنْقَطِعَ بِهِ دَلِيلٌ عَلى وُجُودِ العَقْدِ مُؤَبَّدًا، وَلِهَذَا لوْ مَضَى الشَّهْرُ لَمْ يَبْطُل النِّكَاحُ فَكَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا وَالشَّرْطُ بَاطلا. وَأَمَّا صُورَةُ النِّزَاعِ فَالشَّرْطُ إنَّمَا هُوَ فِي النِّكَاحِ لا فِي قَاطِعِه، وَلِهَذَا لوْ صَحَّ التَّوْقِيتُ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّة عَقْدٌ كَمَا فِي الإِجَارَة.

(وَمَن تَزَوَّجَ امرَأَتَين فِي عُقدَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِحداهُمَا لا يَحِلُّ لهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الَّتِي يَحِلُّ نِكَاحُهَا وَبَطَل نِكَاحُ الأُخرَى) لأَنَّ المُبطِل فِي إِحداهُمَا، بِخِلافِ مَا إذَا جَمَعَ بَينَ حُرٍّ وَعَبدٍ فِي البَيعِ لأَنَّهُ يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَقَبُولُ العَقدِ فِي الحُرِّ شَرطٌ فِيهِ، ثُمَّ جَمِيعُ المُسَمَّى لِلَّتِي يَحِلُّ نِكَاحُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِندَهُمَا يُقسَمُ عَلى مَهرِ مِثلِيهِمَا وَهِيَ مَسأَلَةُ الأَصل.

الشرح:

قَال (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عُقْدَة وَاحِدَة) هَذِهِ المَسْأَلةُ مِنْ الأَصْلِ أَيْ مِنْ المَبْسُوطِ وَصُورَتُهَا ظَاهِرَةٌ، وَمَسْأَلةُ البَيْعِ تَأْتِي فِي البُيُوعِ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا يُقْسَمُ عَلى مَهْرِ مِثْلَيْهِمَا) يَعْنِي إذَا كَانَ المُسَمَّى أَلفًا مَثَلا يُنْظَرُ إلى مَهْرِ مِثْلهِمَا وَيُقْسَمُ المُسَمَّى عَلَيْهِمَا. فَمَا أَصَابَ حِصَّةَ الَّتِي لا تَحِلُّ يَسْقُطُ عَنْ الزَّوْجِ، وَمَا أَصَابَ حِصَّةَ الأُخْرَى يَثْبُتُ عَلَيْه. لهُمَا أَنَّهُ قَابَلَ المُسَمَّى بالبُضْعَيْنِ وَكُلُّ مَا كَانَ مُقَابلا بشَيْئَيْنِ فَإِنَّمَا يَلزَمُ إذَا سُلِّمَا لمَنْ قَابَل وَلَمْ يُسَلِّمْ هَهُنَا إلا أَحَدُهُمَا فَلا يَلزَمُهُ إلا حِصَّتُهُ كَمَا لوْ خَاطَبَ امْرَأَتَيْنِ بِالنِّكَاحِ عَلى أَلف فَأَجَابَتْ إحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَى.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ضَمَّ مَا لا يَحِلُّ إلى مَا يَحِلُّ فِي النِّكَاحِ كَضَمِّ الجِدَارِ إلى المَرْأَة فِيهِ فِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدِ مِنْهُمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ للنِّكَاحِ، وَلوْ فَعَل ذَلكَ وَسَمَّى كَانَ المُسَمَّى

كُلُّهُ لِلمَرْأَةِ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا لِمَنْ تَحِلُّ، بِخِلافِ مَا إِذَا خَاطَبَهُمَا بِالنِّكَاحِ لأَنَّهُمَا قَدْ اسْتَوَيَا فِي الإِيجَابِ، حَتَّى لَوْ أَجَابَتَا صَحَّ نِكَاحُهُمَا جَمِيعًا فَيَثْبُتُ انْقِسَامُ البَدَلِ بِالْمُسَاوَاةِ فِي الإِيجَابِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ تَكُنْ مَحَلا لِلنِّكَاحِ أَصْلا وَلَمْ تَدْخُل تَحْتَ العَقْدِ وَجَبَ أَنْ يُحَدَّ إِنْ دَخَلَ بِهَا وَلا يُحَدُّ عِنْدَهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ الحَدِّ بِاعْتِبَارِ ظَاهِرِ صُورَةِ العَقْدِ.

(وَمَن ادَّعَت عَلَيهِ امرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا وَأَقَامَت بَيِّنَةً فَجَعَلَهَا القَاضِي امرَأَتَهُ وَلم يَكُن تَزَوَّجَهَا وَسِعَهَا الْمُقَامُ مَعَهُ وَأَن تَدعَهُ يُجَامِعُهَا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا، وَفِي قَولِهِ الآخَرِ وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ لا يَسَعُهُ أَن يَطَأَهَا وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّ القَاضِيَ أَخطَأَ الحُجَّةَ إِذ الشُّهُودُ كَذَبَةٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُم عَبِيدٌ أَو كُفَّارٌ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشُّهُودَ صَدَقَةٌ عِندَهُ وَهُوَ الحُجَّةُ لِتَعَذُّرِ الوُقُوفِ عَلَى حَقِيقَةِ الصِّدقِ، بِخِلافِ الكُفرِ وَالرِّقِّ لأَنَّ الوُقُوفَ عَلَيهِمَا مُتَيَسِّرٌ، وَإِذَا ابتَنَى القَضَاءُ عَلَى الحُجَّةِ وَأَمكَنَ تَنفِيذُهُ بَاطِنًا بِتَقدِيمِ النِّكَاحِ نَفَذَ قَطعًا لِلمُنَازَعَةِ، بِخِلافِ الأَملاكِ المُرسَلَةِ لأَنَّ فِي الأَسبَابِ تَزَاحُمًا فَلا إِمكَانَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ادَّعَتْ عَلَيْهِ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا) هَذِهِ المَسْأَلَةُ مِنْ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَهِيَ مُلَقَّبَةٌ بَيْنَ الفُقَهَاءِ بِأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي بِشَهَادَةِ الزُّورِ فِي العُقُودِ وَالفُسُوخِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْفُذُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا. وَمَعْنَى نُفُوذِهِ ظَاهِرًا نُفُوذُهُ فِيمَا بَيْنَنَا بِثُبُوتِ التَّمْكِينِ وَالنَّفَقَةِ وَالقَسْمِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَمَعْنَى نُفُوذِهِ بَاطِنًا ثُبُوتُ الحِلِّ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى. وَأَمَّا فِي الأَمْلاكِ المُرْسَلَةِ وَالمِيرَاثِ فَإِنَّهُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لا بَاطِنًا بِالإِجْمَاعِ. وَأَمَّا فِي الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ.

فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ أَلحَقَهَا بِالأَشْرِبَةِ وَالأَنْكِحَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَفِي أُخْرَى أَلحَقَهَا بِالأَمْلاكِ المُرْسَلَةِ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ مِنْ تَحْرِيرِ المَذَاهِبِ وَاضِحٌ.

قَالُوا (القَاضِي أَخْطَأَ الحُجَّةَ إِذْ الشُّهُودُ كَذَبَةٌ) وَالخَطَأُ فِي الحُجَّةِ يَمْنَعُ مِنْ النُّفُوذِ بَاطِنًا كَمَا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُمْ عَبِيدٌ أَوْ كُفَّارٌ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشُّهُودَ صَدَقَةٌ عِنْدَ القَاضِي) لأَنَّ الفَرْضَ أَنَّهُ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا يَجْرَحُهُمْ وَمِثْلُ هَذِهِ الشُّهُودِ هُوَ الحُجَّةُ المُعْتَبَرَةُ فِي الشَّرْعِ (لِتَعَذُّرِ الوُقُوفِ عَلَى الصِّدْقِ حَقِيقَةً) لأَنَّ ذَلِكَ أَمْرٌ بَاطِنِيٌّ لا يَعْلَمُهُ إِلا اللَّهُ،

فلوْ اُشْتُرِطَ ذَلكَ للقضَاءِ لَمَا أمْكَنَ القَضَاءُ أصْلا، وَإذَا وُجِدَتْ الحُجَّةُ الشَّرْعيَّةُ نَفَذَ الحُكْمُ ظَاهِرًا وَبَاطنًا (بخلاف الكُفْرِ وَالرِّقِّ لأنَّ الوُقُوفَ عَليْهمَا مُتَيَسِّرٌ) بالأمَارَات.

فَإنْ قيل: القَضَاءُ إظْهَارُ مَا كَانَ ثَابتًا لا إثْبَاتُ مَا لَمْ يَكُنْ وَالنِّكَاحُ لَمْ يَكُنْ ثَابتًا فَكَيْفَ يَنْفُذُ القَضَاءُ بَاطنًا؟ أشَارَ إلى الجَوَاب بقَوْله (بتَقْديم النِّكَاحِ) يَعْني تَقْديمَ النِّكَاحِ على القَضَاءِ بطَريق الاقْتضَاء كَأنَّهُ قَال أنْكَحتُك إيَّاهُ وَحَكَمْت بَيْنَكُمَا بذَلكَ (قَطْعًا للمُنَازَعَة) فَيَحلُّ لهُ أنْ يَطَأهَا لئَلا تُنَازعَهُ طَلبَ الوَطْءِ ثَانيًا. وَسَألني بَعْضُ أذْكيَاءِ المَغَاربَة حينَ قَدمَ مصْرَ حَاجًّا سَنَةَ سَبْعٍ وَأرْبَعينَ وَسَبْعمائَة عَنْ هَذه المَسْألَة طَاعنًا في المَذْهَب. فَأجَبْته بقَوْلهمْ هَذَا قَطْعًا للمُنَازَعَة.

فَقَال: قَطْعُ المُنَازَعَة لَمْ يَنْحَصرْ في الوَطْءِ فَيُطَلِّقُهَا فَإنَّهُ مُخَلِّصٌ عَنْ المُنَازَعَة مَعَ البَرَاءَة عَنْ عُهْدَة وَطْءٍ لَمْ يَسْبقْهُ مُحَلِّلٌ، فَقُلت: تَعْني بالطَّلاق طَلاقًا مَشْرُوعًا أوْ غَيْرَ مَشْرُوعٍ، لا سَبيل إلى الثَّاني لعَدَم الاعْتدَاد بمَا لَيْسَ بمَشْرُوعٍ فَتَعَيَّنَ الأوَّلُ وَهُوَ يَقْتَضي النِّكَاحَ لا مَحَالَةَ، وَإمَامُنَا في هَذه المَسْألَة عَليٌّ. فَإنَّهُ رَوَى أنَّ رَجُلا ادَّعَى على امْرَأة نكَاحًا بَيْنَ يَدَيْ عَليٍّ وَأقَامَ شَاهدَيْنِ فَقَضَى بالنِّكَاحِ بَيْنَهُمَا فَقَالتْ المَرْأةُ: إنْ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ يَا أميرَ المُؤْمنينَ فَزَوِّجْني منْهُ، فَقَال عَليٌّ: شَاهدَاك زَوَّجَاك. وَلوْ لَمْ يَنْعَقدْ العَقْدُ بَيْنَهُمَا بقَضَائه لَمَا امْتَنَعَ منْ العَقْد عنْدَ طَلبهَا وَرَغْبَة الزَّوْجِ فيهَا، وَقَدْ كَانَ في ذَلكَ تَحْصينُهَا منْ الزِّنَا وَكَانَ ذَلكَ منْهُ قَضَاءً بشَهَادَة الزُّور.

فَإنْ قيل: هَذَا إنَّمَا يَتمُّ إذَا جُعل قَضَاؤُهُ بمَنْزلة إنْشَاءِ العَقْد وَذَلكَ يَقْتَضي أنْ يُشْتَرَطَ حُضُورُ الشُّهُود عنْدَ قَوْله قَضَيْت عَمَلا بقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا نكَاحَ إلا بشُهُود**». أُجيبَ بأنَّ بَعْضَ مَشَايخنَا ذَهَبُوا إلى ذَلكَ وَإليْه مَال شَمْسُ الأئمَّة السَّرَخْسيُّ وَآخَرُونَ منْهُمْ قَالُوا: إنْشَاءُ النِّكَاحِ لا يُثْبتُ مَقْصُودًا وَإنَّمَا يُثْبتُ مُقْتَضَى صحَّة قَضَائه في البَاطنِ وَالمُقْتَضَى لا تُرَاعَى شَرَائطُهُ الَّتي يَثْبُتُ بهَا لوْ كَانَ مَقْصُودًا كَمَا في قَوْله أعْتقْ عَبْدَك عَنِّي بألف درْهَمٍ وَهُوَ الجَوَابُ عَنْ سُقُوط الإيجَاب وَالقَبُول.

وَقَوْلُهُ: (بخلاف الأمْلاك المُرْسَلة) أيْ المُطْلقَة عَنْ إثْبَات سَبَب الملك بأنْ ادَّعَى ملكًا مُطْلقًا في الجَاريَة أوْ الطَّعَام منْ غَيْر تَعْيينٍ بشرَاءٍ أوْ أوْ إرْث حَيْثُ لا يَنْفُذُ القَضَاءُ إلا ظَاهرًا بالاتِّفَاق حَتَّى لا يَحلُّ للمَقْضيِّ لهُ وَطْؤُهَا (لأنَّ في الأسْبَاب تَزَاحُمًا) فَلا

يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ.

بَيَانُهُ أَنَّ فِي الأَسْبَابِ كَثْرَةً وَلا يُمْكِنُ القَاضِيَ تَعْيِينُ شَيْءٍ مِنْهَا بِدُونِ الحُجَّةِ فَلَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالقَضَاءِ بِالملك وَإِنَّمَا هُوَ مُخَاطَبٌ بِقَصْرِ يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ المُدَّعِي وَذَلِكَ نَافِذٌ مِنْهُ ظَاهِرًا، فَأَمَّا أَنْ يَنْفُذَ بَاطِنًا بِمَنْزِلَةِ إِنْشَاءِ جَدِيدٍ فَلَيْسَ بِقَادِرٍ عَلَيْهِ بِلا سَبَبٍ شَرْعِيٍّ، بِخِلافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ طَرِيقَهُ مُتَعَيِّنٌ فِي الوَجْهِ الَّذِي قُلنَا فَيُمْكِنُهُ إِثْبَاتُهُ وَتَنْفِيذُهُ.

باب الأولياء والأكفاء

(وَيَنعقِدُ نِكَاحُ الحُرَّةِ العَاقِلَةِ البَالغَةِ بِرِضَاهَا) وَإِن لم يَعقِد عَليهَا وَليٌّ بِكرًا كَانَت أَو ثَيِّبًا (عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) رَحِمَهُمَا اللَّهُ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ) رَحِمَهُ اللَّهُ (أَنَّهُ لا يَنعَقِدُ إلا بِوَلِيٍّ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ يَنعَقِدُ وُقُوفًا) وَقَال مَالكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لا يَنعَقِدُ النِّكَاحُ بِعِبَارَةِ النِّسَاءِ أَصلا لأنَّ النِّكَاحَ يُرَادُ لمَقَاصِدِهِ وَالتَّفوِيضُ إليهِنَّ مُخِلٌّ بِهَا، إلا أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: يَرتَفِعُ الخَللُ بِإِجَازَةِ الوَليِّ.

وَوَجهُ الجوَازِ أَنَّهَا تَصَرَّفَت فِي خَالصِ حَقِّهَا وَهِيَ مِن أَهلِهِ لكَونِهَا عَاقِلَةً مُمَيِّزَةً وَلهَذَا كَانَ لهَا التَّصَرُّفُ فِي المَال وَلهَا اختِيَارُ الأزوَاجِ، وَإِنَّمَا يُطَالبُ الوَليُّ بِالتَّزوِيجِ كَي لا تُنسَبَ إلى الوَقَاحَةِ، ثُمَّ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لا فَرقَ بَينَ الكُفءِ وَغَيرِ الكُفءِ وَلكِن للوَليِّ الاعتِرَاضُ فِي غَيرِ الكُفءِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي غَيرِ الكُفءِ لأنَّ كَم مِن وَاقِعٍ لا يُرفَعُ. وَيُروَى رُجُوعُ مُحَمَّدٍ إلى قَولِهِمَا.

الشرح:

(بَابُ الأَولِيَاءِ وَالأَكفَاءِ): أَخَّرَ بَيَانَ الأَوْلِيَاءِ وَالأَكْفَاءِ عَنْ بَيَانِ المُحَرَّمَاتِ وَإِنْ كَانَا شَرْطَيْ النِّكَاحِ لأَنَّ حِلَّ مَحَلِّ النِّكَاحِ شَرْطُ جَوَازِهِ بِالاتِّفَاقِ، بِخِلافِ الأَوْلِيَاءِ وَالأَكْفَاءِ وَالمُتَّفَقِ عَلَيْهِ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ، وَتَحْرِيرُ المَذَاهِبِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ وَأَمَّا وَجْهُ مَنْ لَمْ يُجَوِّزْهُ بِدُونِ الوَلِيِّ كَأَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فَمَا قَال (لأَنَّ النِّكَاحَ يُرَادُ لِمَقَاصِدِهِ وَالتَّفْوِيضُ إِلَيْهِنَّ مُخِلٌّ بِهَا) لأَنَّهُنَّ سَرِيعَاتُ الاغْتِرَارِ سَيِّئَاتُ الاخْتِيَارِ لا سِيَّمَا عِنْدَ التَّوَقَانِ.

وَهُوَ مَرْدُودٌ بِمَا إِذَا أَذِنَ لَهَا الوَلِيُّ كَمَا اخْتَارَهُ مُحَمَّدٌ فَإِنَّ الخَلل يَنْجَبِرُ بِهِ فَكَانَ

الوَاجِبُ الجَوَازَ حِينَئِذٍ وَهُم لا يَقُولُونَ بِهِ. وَأَيْضًا المُدَّعِي أَنَّ النِّكَاحَ لا يَنْعَقِدُ بِعِبَارَةِ النِّسَاءِ، فَالدَّلِيلُ المُطَابِقُ بَيَانُ الخَلَلِ فِي العِبَارَةِ وَالاعْتِذَارُ بِأَنَّ هَذَا التَّعْلِيلِ تَعْلِيلُ أَنْ لا يُفَوَّضَ إِلَيْهِنَّ أَمْرُ النِّكَاحِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلى أَنْ يَأْذَنَ الوَلِيُّ أَوْ لا غَيْرُ دَافِعٍ لانْتِفَاءِ المُطَابَقَةِ.

وَأَمَّا وَجْهُ مَنْ جَوَّزَهُ فَهُوَ (أَنَّهَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالِصِ حَقِّهَا وَهِيَ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهَا عَاقِلَةً مُمَيِّزَةً، وَلِهَذَا كَانَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِي المَالِ وَلَهَا اخْتِيَارُ الأَزْوَاجِ) بِالاتِّفَاقِ، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ هَذَا شَأْنُهُ فَهُوَ جَائِزٌ بِلا خِلافٍ. فَإِنْ قُلت: لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالِصِ حَقِّهَا بَلْ فِي حَقٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الأَوْلِيَاءِ وَلِهَذَا لا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِكُفْءٍ. فِي رِوَايَةٍ. قُلت: لا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلا يُرَدَّ عَلَيْهِ، وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فَالجَوَابُ أَنَّ المُرَادَ بِخَالِصِ حَقِّهَا مَا كَانَ مِنْ المَوْضُوعَاتِ الأَصْلِيَّةِ الَّتِي تَتَرَتَّبُ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ تَمْلِيكِ مَنَافِعِ بُضْعِهَا وَاسْتِيجَابِ المَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَالكِسْوَةِ وَالسُّكْنَى وَنَحْوِهَا، وَكُلُّ ذَلِكَ خَالِصُ حَقِّهَا فَلا يُعْتَبَرُ بِالعَارِضِ مِنْ لُحُوقِ العَارِ لِلأَوْلِيَاءِ.

فَإِنْ قِيل: هَذَا اسْتِدْلالٌ بِالرَّأْيِ فِي مُقَابَلَةِ الكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَمِثْلُهُ فَاسِدٌ. أَمَّا الكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالى ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٢] نُهِيَ الوَلِيُّ عَنْ العَضْلِ وَهُوَ المَنْعُ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ المَنْعُ إِذَا كَانَ المَمْنُوعُ فِي يَدِهِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ مُوسَى عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالتْ: قَال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ **«أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ»**[1] فَالجَوَابُ أَنَّ الآيَةَ مُشْتَرَكَةُ الإِلزَامِ لأَنَّهُ نَهَاهُمْ عَنْ مَنْعِهِنَّ عَنْ النِّكَاحِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُنَّ يَمْلِكْنَهُ، وَأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٤] وَقَوْلُهُ ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ ﴿ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٢] يُعَارِضُهَا.

وَأَمَّا الحَدِيثُ فَسَاقِطُ الاعْتِبَارِ لأَنَّ ابْنَ جُرَيْجٍ سَأَل الزُّهْرِيَّ عَنْهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ، وَفِي رِوَايَةٍ فَأَنْكَرَهُ، وَلأَنَّ عَائِشَةَ عَمِلتْ بِخِلافِهِ زَوَّجَتْ بِنْتَ أَخِيهَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنْ المُنْذِرِ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى نَسْخِهِ، وَلأَنَّهُ مُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ **«الأَيِّمُ**

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠)، وابن ماجه (١٨٧٩).

أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»[١] وَالأَيِّمُ اسْمٌ لامْرَأَةٍ لا زَوْجَ لَهَا بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَإِذَا كَانَ الكِتَابُ وَالسُّنَّةُ مُتَعَارِضَيْنِ تَرَكَ المُصَنِّفُ الاسْتِدْلال بِهِمَا لِلجَانِبَيْنِ وَصَارَ إِلى المَعْقُولِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُطَالِبُ الوَلِيُّ بِالتَّزْوِيجِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِذَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالِصِ حَقِّهَا فَلِمَ أُمِرَ الوَلِيُّ بِالتَّزْوِيجِ إِذَا طَالَبَتْهُ، وَأَيُّ حَاجَةٍ لَهَا إِلى طَلَبِ التَّصَرُّفِ مِنْ الوَلِيِّ فِي خَالِصِ حَقِّهَا. وَوَجْهُهُ أَنَّهَا بِمُبَاشَرَةِ هَذَا التَّصَرُّفِ تُنْسَبُ إِلى الوَقَاحَةِ فَجُعِلَ التَّصَرُّفُ مِنْ الوَلِيِّ فِي خَالِصِ حَقِّهَا وَاجِبًا عَلَيْهِ صِيَانَةً لَهَا عَنْ النِّسْبَةِ إِلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (وَلَكِنْ لِلوَلِيِّ الاعْتِرَاضُ فِي غَيْرِ الكُفْءِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ تَلِدْ مِنْ الزَّوْجِ. وَأَمَّا إِذَا وَلَدَتْ فَلَيْسَ لِلأَوْلِيَاءِ حَقُّ الفَسْخِ كَيْ لا يَضِيعَ الوَلَدُ عَمَّنْ يُرَبِّيه. قَال فِي «النِّهَايَةِ»: وَلَكِنْ فِي «مَبْسُوطِ» شَيْخِ الإِسْلامِ: وَإِذَا زَوَّجَتْ المَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ فَعَلِمَ الوَلِيُّ بِذَلِكَ فَسَكَتَ حَتَّى وَلَدَتْ أَوْلادًا ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ فِي ذَلِكَ فَلَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، لأَنَّ السُّكُوتَ إِنَّمَا جُعِلَ رِضًا فِي حَقِّ النِّكَاحِ فِي حَقِّ البِكْرِ نَصًّا بِخِلافِ القِيَاسِ، قَال: كَذَا كَانَ مَكْتُوبًا بِخَطِّ شَيْخِي.

وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي غَيْرِ الكُفْءِ) يَعْنِي لِدَفْعِ ضَرَرِ العَارِ عَنْ الأَوْلِيَاءِ. قَال شَمْسُ الأَئِمَّةِ: وَهَذَا أَقْرَبُ إِلى الاحْتِيَاطِ، فَلَيْسَ كُلُّ وَلِيٍّ يُحْسِنُ المُرَافَعَةَ إِلى القَاضِي، وَلا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (لأَنَّ كَمْ مِنْ وَاقِعٍ لا يَرْفَعُ وَيُرْوَى رُجُوعُ مُحَمَّدٍ إِلى قَوْلِهِمَا) يَعْنِي يَنْعَقِدُ نِكَاحُهَا عِنْدَهُ أَيْضًا بِلا وَلِيٍّ وَلا يُوقَفُ عَلَى الإِجَازَةِ.

(وَلا يَجُوزُ لِلوَلِيِّ إِجْبَارُ البِكْرِ البَالِغَةِ عَلَى النِّكَاحِ) خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَهُ الاعْتِبَارُ بِالصَّغِيرَةِ وَهَذَا لأَنَّهَا جَاهِلَةٌ بِأَمْرِ النِّكَاحِ لِعَدَمِ التَّجْرِبَةِ وَلِهَذَا يَقْبِضُ الأَبُ صَدَاقَهَا بِغَيْرِ أَمْرِهَا. وَلَنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ مُخَاطَبَةٌ فَلا يَكُونُ لِلغَيْرِ عَلَيْهَا وِلايَةٌ، وَالوِلايَةُ عَلَى الصَّغِيرَةِ لِقُصُورِ عَقْلِهَا وَقَد كَمُلَ بِالبُلُوغِ بِدَلِيلِ تَوَجُّهِ الخِطَابِ فَصَارَ كَالغُلامِ وَكَالتَّصَرُّفِ فِي المَالِ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الأَبُ قَبْضَ الصَّدَاقِ بِرِضَاهَا دَلالَةً وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ مَعَ نَهْيِهَا.

---

(١) أخرجه مسلم (٦٦)، وفي (٦٧) بلفظ: «الثيب أحق بنفسها من وليها».

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ للوَلِيِّ إجْبَارُ البِكْرِ البَالغَة عَلى النِّكَاحِ) إجْبَارُ البِكْرِ البَالغَة عَلى النِّكَاحِ لا يَجُوزُ عِنْدَنَا (خلافًا للشَّافعيِّ) وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبي لَيْلى. لهُ أَنَّ الصَّغِيرَةَ إذَا كَانَتْ بِكْرًا تُزَوَّجُ كُرْهًا فَكَذَا البَالغَةُ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا الجَهَالةُ بِأَمْرِ النِّكَاحِ لعَدَمِ التَّجْرِبَةِ (وَلهَذَا) أَيْ وَلكَوْنِهَا جَاهِلةً بِأَمْرِ النِّكَاحِ (يَقْبِضُ الأَبُ صَدَاقَهَا بِغَيْرِ أَمْرِهَا، وَلنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ مُخَاطَبَةٌ) لأَنَّ الكَلامَ فِي الحُرَّةِ البَالغَةِ وَكُلُّ مَنْ كَانَتْ كَذَلكَ (لا يَكُونُ للغَيْرِ عَليْهَا وِلايَةٌ).

وَقَوْلُهُ: (وَالوِلايَةُ عَلى الصَّغِيرَةِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِه عَلى الصَّغِيرَةِ بِالمُفَارَقَة، وَذَلكَ لأَنَّ الوِلايَةَ عَلى الصَّغِيرَةِ إنَّمَا كَانَتْ (لقُصُورِ عَقْلهَا) وَفيمَا نَحْنُ فيه ليْسَ بِمَوْجُودٍ لأَنَّهُ قَدْ كَمُل بِالبُلُوغِ بِدَليل تَوَجُّه الخطَابِ فَصَارَ الإجْبَارُ عَليْهَا كَالإجْبَارِ عَلى الغُلامِ، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا جَازَ لقُصُورِ العَقْل، وَإِنْ كَانَ بَالغًا لا يَجُوزُ وَصَارَ كَالتَّصرُّفِ فِي المَال: أَيْ فِي مَال البِكْرِ البَالغَة فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ للأَبِ التَّصرُّفُ فيه.

وَقَوْلُهُ. (وَإِنَّمَا يَمْلكُ الأَبُ قَبْضَ الصَّدَاقِ بِرِضَاهَا دَلالةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَلهَذَا يَقْبِضُ الأَبُ صَدَاقَهَا.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ البِكْرَ تَسْتَحِي عَنْ قَبْضِ صَدَاقِهَا وَأَنَّ الأَبَ هُوَ الَّذي يَقْبِضُ ذَلكَ ليُجَهِّزَهَا بِذَلكَ مَعَ مَال نَفْسه ليَبْعَثَ بِهَا إلى زَوْجِهَا فَكَانَ ذَلكَ إذْنًا دَلالةً (وَلهَذَا لا يَمْلكُ مَعَ نَهْيِهَا) لأَنَّ الدَّلالةَ تَبْطُلُ بِصَرِيحٍ يُخَالفُهَا.

قال (وإذَا استأذنَهَا فسكَتَت أو ضَحِكت فهُوَ إذنٌ) لقَولهِ ﷺ «البِكرُ تُستأمَرُ في نَفسِهَا، فإن سكَتَت فقَد رَضِيت»[1] ولأنَّ جَنبَةَ الرِّضَا فِيهِ رَاجِحَةٌ، لأنَّهَا تَستَحيِي عَن إظهَارِ الرَّغبَةِ لا عَن الرَّدِّ، والضَّحِكُ أَدَلُّ عَلى الرِّضَا من السُّكُوتِ، بِخِلافِ مَا إذَا بَكَت لأنَّهُ دَليلُ السُّخطِ والكَرَاهَةِ. وَقِيل إذَا ضَحِكَت كَالمُستَهزِئَةِ بِمَا سَمِعَت لا يَكُونُ رِضًا، وإذَا بَكَت بِلا صَوتٍ لم يَكُن رَدًّا.

---

(١) قال ابن حجر في الدراية (٢/٦٢): لم أره بهذا اللفظ، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٤٣): غريب بهذا اللفظ، وفي البخاري (٥١٣٦)، ومسلم (٦٤) حديث أبي هريرة رفعه «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا الوَلِيُّ فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ) ظَاهِرٌ.

قَال (وَإِن فَعَلَ هَذَا غَيرُ وَلِيٍّ) يَعنِي استَأمَرَ غَيرُ الوَلِيِّ (أَو وَلِيٌّ غَيرُهُ أَولى مِنهُ) (لم يَكُن رِضًا حَتَّى تَتَكَلَّمَ بِهِ) لأَنَّ هَذَا السُّكُوتَ لقِلَّةِ الالتِفَاتِ إلى كَلامِهِ فَلم يَقَع دَلالَةً على الرِّضَا، وَلو وَقَعَ فَهُوَ مُحتَمَلٌ، وَالاكتِفَاءُ بِمِثلِهِ للحَاجَةِ وَلا حَاجَةَ فِي حَقِّ غَيرِ الأَولِيَاءِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ المُستَأمَرُ رَسُولَ الوَلِيِّ لأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ، وَيُعتَبَرُ فِي الاستِئمَارِ تَسمِيَةُ الزَّوجِ عَلى وَجهٍ تَقَعُ بِهِ المَعرِفَةُ لتَظهَرَ رَغبَتُهَا فِيهِ مِن رَغبَتِهَا عَنهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ فَعَل هَذَا) يَعْنِي الاسْتِئْمَارَ وَالاسْتِئْذَانَ (غَيْرُ وَلِيٍّ) وَهُوَ الأَجَانِبُ أَوْ قَرِيبٌ لَيسَ بِوَلِيٍّ بِأَنْ كَانَ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا (أَوْ وَلِيٌّ غَيْرِهِ أَوْلى مِنْهُ) كَاسْتِئْذَانِ الأَخِ مَعَ وُجُودِ الأَبِ (لا يَكُونُ رِضًا حَتَّى تَتَكَلَّمَ بِهِ لأَنَّ هَذَا السُّكُوتَ لقِلَّةِ الالتِفَاتِ إلى كَلامِه فَلمْ يَقَعْ دَلالةً عَلى الرِّضَا).

وَقَوْلُهُ (وَلوْ وَقَعَ) أَيْ السُّكُوتُ دَليلا (فَهُوَ) دَليلٌ (مُحْتَمَلٌ) يَحْتَمِلُ الإِذْنَ وَالرَّدَّ (وَالاكْتِفَاءُ بِمِثْله) فِي الدَّلالة (للحَاجَة وَلا حَاجَةَ فِي حَقِّ غَيْرِ الأَوْلِيَاء) لأَنَّهُ فُضُوليٌّ، أَوْ فِي حَقِّ وَليٍّ غَيْرِهِ أَحَقُّ لعَدَمِ الالتِفَات إلى كَلامه (بِخلاف مَا إذَا كَانَ المُسْتَأْمِرُ رَسُول الوَلِيِّ لأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ) وَقَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ فِي الاسْتِئْمَارِ تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ) يَعْنِي إذَا اسْتَأْمَرَ فَلا بُدَّ أَنْ يُسَمَّى الزَّوْجُ عَلى وَجْهٍ تَعْرِفُهُ، أَمَّا إذَا أَبْهَمَ وَقَال إنِّي أُزَوِّجُك رَجُلا فَسَكَتَتْ لا يَكُونُ السُّكُوتُ رِضًا.

(وَلا تُشتَرَطُ تَسمِيَةُ المَهرِ هُوَ الصَّحِيحُ) لأَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ بِدُونِهِ، وَلو زَوَّجَهَا فَبَلَغَهَا الخَبَرُ فَسَكَتَت فَهُوَ عَلى مَا ذَكَرنَا لأَنَّ وَجهَ الدَّلالَةِ فِي السُّكُوتِ لا يَختَلِفُ، ثُمَّ المُخبِرُ إن كَانَ فُضُولِيًّا يُشتَرَطُ فِيهِ العَدَدُ أَو العَدَالَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافًا لهُمَا، وَلو كَانَ رَسُولا لا يُشتَرَطُ إجمَاعًا وَلَهُ نَظَائِرُ

الشرح:

(وَلا يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ) وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل مَنْ قَال مِنْ المُتَأَخِّرِينَ لا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ المَهْرِ فِي الاسْتِئْمَارِ لأَنَّ رَغْبَتَهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلاف

الصَّدَاقِ فِي القِلَّةِ وَالكَثْرَةِ. وَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ لِلنِّكَاحِ صِحَّةً بِدُونِهِ فَلا يَحْتَاجُ إِلى ذِكْرِهِ (وَلَوْ زَوَّجَهَا فَبَلَغَهَا الخَبَرُ فَسَكَتَتْ فَهُوَ عَلى مَا ذَكَرْنَا) مِنْ كَوْنِهِ رِضًا.

وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ يَقُولُ: إِذَا اسْتَأْمَرَهَا قَبْلَ العَقْدِ فَسَكَتَتْ فَهُوَ رِضًا مِنْهَا بِالنَّصِّ، فَأَمَّا إِذَا بَلَغَهَا العَقْدُ فَسَكَتَتْ فَلا يَتِمُّ العَقْدُ لأَنَّ الحَاجَةَ هَهُنَا إِلى الإِجَازَةِ، وَالسُّكُوتُ لا يَكُونُ إِجَازَةً لأَنَّ هَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى المَنْصُوصِ عَلَيْهِ فَإِنَّ السُّكُوتَ عِنْدَ الاسْتِئْمَارِ لا يَكُونُ مُلزِمًا لِتَمَكُّنِهَا أَنْ تَرْجِعَ قَبْلَ العَقْدِ وَحِينَ بَلَغَهَا الخَبَرُ يَكُونُ مُلزِمًا فَلا يُمْكِنُهَا الرُّجُوعُ فَلا يَلزَمُ النِّكَاحُ بِمُجَرَّدِ السُّكُوتِ.

لَكِنَّا نَقُولُ هَذَا فِي مَعْنَى المَنْصُوصِ لأَنَّ لَهَا عِنْدَ الاسْتِئْمَارِ جَوَابَيْنِ: لا، وَنَعَمْ. فَيَكُونُ سُكُوتُهَا دَلِيلا عَلى الجَوَابِ الَّذِي يَحُولُ الحَيَاءُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ وَهُوَ نَعَمْ لِمَا فِيهِ مِنْ إِظْهَارِ الرَّغْبَةِ فِي الرِّجَالِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيمَا إِذَا بَلَغَهَا العَقْدُ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ لأَنَّ وَجْهَ الدَّلالَةِ فِي السُّكُوتِ لا يَخْتَلِفُ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ المُخْبِرُ إِنْ كَانَ فُضُولِيًّا) اعْلَمْ أَنَّ مَحَلَّ الخَبَرِ إِذَا كَانَ فِي حُقُوقِ العِبَادِ فَهُوَ عَلى ثَلاثَةِ أَقْسَامٍ: مَا فِيهِ إِلزَامٌ مَحْضٌ كَالبُيُوعِ وَالأَشْرِبَةِ وَالأَمْلاكِ المُرْسَلَةِ وَنَحْوِهَا، وَمَا لَيْسَ فِيهِ إِلزَامٌ أَصْلا كَالوَكَالاتِ وَالمُضَارَبَاتِ وَالرِّسَالَةِ فِي الهَدَايَا وَالإِذْنِ فِي التِّجَارَاتِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَمَا فِيهِ إِلزَامٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ كَالَّتِي نَحْنُ فِيهَا وَأَخَوَاتِهَا كَعَزْلِ الوَكِيلِ وَحَجْرِ المَأْذُونِ وَإِخْبَارِ المَوْلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَنَحْوِهَا.

فَالأَوَّلُ يُشْتَرَطُ فِيهِ العَقْلُ وَالعَدَالَةُ وَالضَّبْطُ وَالإِسْلامُ وَالحُرِّيَّةُ مَعَ العَدَدِ وَلَفْظُ الشَّهَادَةِ. وَالثَّانِي يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّمْيِيزُ دُونَ العَدَالَةِ. وَالثَّالِثُ إِنْ كَانَ المُبَلِّغُ رَسُولا أَوْ وَكِيلا لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ العَدَالَةُ لأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ غَيْرِهِ، فَلَوْ أَخْبَرَ الغَيْرُ بِنَفْسِهِ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ العَدَالَةُ فَكَذَا هَهُنَا بِالاتِّفَاقِ.

وَإِنْ كَانَ فُضُولِيًّا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ: إِمَّا العَدَدُ أَوْ العَدَالَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ نَظِيرُ القِسْمِ الثَّانِي فِي اشْتِرَاطِ أَنْ يَكُونَ المُخْبِرُ مُمَيِّزًا سَوَاءٌ كَانَ عَدْلا أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَمَوْضِعُ ذَلِكَ أُصُولُ الفِقْهِ.

(وَلو استَأذَنَ الثَّيِّبَ فَلا بُدَّ مِن رِضَاهَا بِالقَول) لقَولِهِ ﷺ: «الثَّيِّبُ تُشَاوَرُ»[1] وَلأَنَّ

---

(١) قال ابن حجر في الدراية (٢/٦٢): لم أره بهذا اللفظ، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٤٤): غريب بهذا اللفظ.

النُّطقَ لا يُعَدُّ عيبًا منها وقلَّ الحياءُ بالمُمارسةِ فلا مانعَ من النُّطقِ في حقِّها.

الشرح:

(وَلَوْ اسْتَأْذَنَ الثَّيِّبَ فَلا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالقَوْلِ لِقَوْلِه ﷺ: «**الثَّيِّبُ تُشَاوَرُ**») وَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ الْمُشَاوَرَةَ مِنْ بَابِ الْمُفَاعَلَة وَهِيَ تَقْتَضِي الفِعْل مِنْ الجَانِبَيْنِ، وَقَدْ وُجِدَ النُّطْقُ مِنْ الوَلِيِّ بِالسُّؤَال فَلا بُدَّ مِنَ النُّطْقِ مِنْهَا فِي الجَوَاب.

وَقِيل الْمُشَاوَرَةُ عِبَارَةٌ عَنْ طَلَبِ الرَّأْيِ بالإِشَارَةِ إلى الصَّوَابِ وَذَلِكَ لا يَكُونُ إلا بِالنُّطْقِ (وَلأَنَّ النُّطْقَ) فِي النِّكَاحِ مِنْ الثَّيِّبِ (لا يُعَدُّ عَيْبًا) وَإِذَا لَمْ يُعَدَّ عَيْبًا لَمْ يَكُنْ بِمَعْنَى النُّطْقِ فِي البِكْرِ لأَنَّهُ يُعَدُّ مِنْهَا عَيْبًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لا يُلحَقُ بِهِ، وَلأَنَّ السُّكُوتَ صَارَ رِضًا لِتَوَفُّرِ الحَيَاءِ، فَإِنَّ عَائِشَةَ لَمَّا أَخْبَرَتْ أَنَّ البِكْرَ تَسْتَحي قَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**سُكُوتُهَا رِضَاهَا**» وَالحَيَاءُ فِي الثَّيِّبِ غَيْرُ مُتَوَفِّرٍ لِقِلَّتِه بِالْمُمَارَسَةِ (فَلا مَانِعَ مِنْ النُّطْقِ فِي حَقِّهَا).

(وإذَا زَالت بَكَارَتُها بِوَثبَةٍ أو حَيضَةٍ أو جِراحَةٍ أو تَعنِيسٍ فَهِيَ فِي حُكمِ الأبكَارِ) لأنَّهَا بِكرٌ حَقِيقَةً لأنَّ مُصِيبَهَا أوَّلُ مُصِيبٍ لهَا وَمِنهُ البَاكُورَةُ وَالبُكرَةُ وَلأنَّهَا تَستَحيِي لعَدَمِ المُمَارَسَةِ (وَلو زَالت) بَكَارَتُهَا (بِزِنًا فَهِيَ كَذَلكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لا يُكتَفَى بِسُكُوتِهَا لأنَّهَا ثَيِّبٌ حَقِيقَةً لأنَّ مُصِيبَهَا عَائِدٌ إليهَا وَمِنهُ المَثُوبَةُ وَالمَثَابَةُ وَالتَّثوِيبُ.

وَلأبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بِكرًا فَيُعَيِّبُونَهَا بِالنُّطقِ فَتَمتَنِعُ عَنهُ فَيُكتَفَى بِسُكُوتِهَا كَي لا تَتَعَطَّل عَليهَا مَصَالحُهَا، بِخِلافِ مَا إذَا وُطِئَت بِشُبهَةٍ أو بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ لأنَّ الشَّرعَ أَظهَرَهُ حَيثُ عَلَّقَ بِهِ أَحكَامًا، أَمَّا الزِّنَا فَقَد نُدِبَ إلى سَترِهِ، حَتَّى لو اُشتُهِرَ حَالُهَا لا يُكتَفَى بِسُكُوتِهَا.

الشرح:

(وَإِذَا زَالتْ البَكَارَةُ بِوَثْبَةٍ) وَهُوَ الوُثُوبُ مِنْ فَوْقٍ (أَوْ حَيْضَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ) عَنَسَتْ الجَارِيَةُ وَعَنسَتْ عُنُوسًا: إذَا جَاوَزَتْ وَقْتَ التَّزْوِيجِ فَلَمْ تَتَزَوَّجْ (فَهِيَ فِي حُكْمِ الأَبْكَارِ) فِي كَوْنِ إِذْنِهَا سُكُوتَهَا (لأَنَّهَا بِكْرٌ) إِذْ البِكْرُ هِيَ الَّتِي يَكُونُ مُصِيبُهَا أَوَّل مُصِيبٍ، وَهَذِه كَذَلِكَ مُشْتَقٌّ مِنْ البَاكُورَةِ وَهِيَ أَوَّلُ الثِّمَارِ وَمِنْ البُكْرَةِ

وَهِيَ أَوَّلُ النَّهَارِ. وَرُدَّ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا تَمَكَّنَ مِنْ الرَّدِّ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهَا بِكْرٌ فَوَجَدَهَا زَائِلَةَ الْبَكَارَةِ بِالْوَثْبَةِ لِأَنَّهَا بِكْرٌ حَقِيقَةً عَلَى مَا قُلْتُمْ لَكِنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّدَّ بِاعْتِبَارِ فَوَاتِ وَصْفٍ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَهُوَ الْعُذْرَةُ لَا لِكَوْنِهَا غَيْرَ بِكْرٍ، وَلِأَنَّ النُّطْقَ سَقَطَ لِلْحَيَاءِ وَهُوَ مَوْجُودٌ هَهُنَا (لِأَنَّهَا تَسْتَحِي لِعَدَمِ الْمُمَارَسَةِ، **وَلَوْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِزِنًا** فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا لِأَنَّهَا ثَيِّبٌ حَقِيقَةً) إذْ الثَّيِّبُ مَنْ يَكُونُ مُصِيبُهَا عَائِدًا إلَيْهَا مُشْتَقٌّ مِنْ الْمَثُوبَةِ وَهِيَ الثَّوَابُ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ بِهَا لِأَنَّهَا مَرْجُوعٌ إلَيْهَا فِي الْعَاقِبَةِ، وَمِنْ الْمَثَابَةِ وَهُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُثَابُ: أَيْ يُرْجَعُ إلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَمِنْ التَّثْوِيبِ: وَهُوَ الدُّعَاءُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَإِذَا كَانَتْ ثَيِّبًا فَلَا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بِكْرًا) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ السُّكُوتَ رِضًا بِعِلَّةِ الْحَيَاءِ عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ. وَإِذَا وُجِدَتْ الْعِلَّةُ يَتَرَتَّبُ الْحُكْمُ عَلَيْهَا، وَهَاهُنَا قَدْ وُجِدَتْ لِمَا بَيَّنَهُ بِقَوْلِهِ إنَّ النَّاسَ عَرَفُوهَا بِكْرًا فَيُعَيِّرُونَهَا) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فَيَعِيبُونَهَا (بِالنُّطْقِ) فَتَسْتَحِي (فَتَمْتَنِعُ) مِنْ النُّطْقِ وَكَانَتْ الْعِلَّةُ مَوْجُودَةً (فَيُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا كَيْ لَا تَتَعَطَّلَ عَلَيْهَا مَصَالِحُهَا) وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا سَقَطَ مَا قِيلَ هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ "الثَّيِّبُ تُشَاوَرُ" وَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّ هَذَا عَمَلٌ بِعِلَّةٍ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا لَا تَعْلِيلَ فِي مُقَابَلَتِهِ. فَإِنْ قِيلَ: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ هَذَا عَمَلٌ بِعِلَّةٍ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهَا حَيَاءٌ يَكُونُ مِنْ كَرَمِ الطَّبِيعَةِ وَذَلِكَ أَمْرٌ مَحْمُودٌ، وَهَذَا الْحَيَاءُ حَيَاءُ مَعْصِيَةٍ فَلَيْسَ مِنْ أَفْرَادِهِ حَتَّى يَدْخُلَ تَحْتَ النَّصِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الْحَيَاءَ أَشَدُّ لِأَنَّ فِي الِاسْتِنْطَاقِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا ثَيِّبٌ ظُهُورُ فَاحِشَتِهَا فَكَانَ كَالضَّرْبِ مِنْ التَّأْفِيفِ فَيُلْحَقُ بِهِ. قَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَيُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا: يَعْنِي أَنَّ مَنْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ (أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ) لَا يَكُونُ إذْنُهَا سُكُوتَهَا لِعَدَمِ الْحَيَاءِ ثَمَّةَ (لِأَنَّ الشَّرْعَ أَظْهَرَهُ حَيْثُ عَلَّقَ بِهِ أَحْكَامًا) مِنْ لُزُومِ الْعِدَّةِ وَالْمَهْرِ وَإِثْبَاتِ النَّسَبِ (أَمَّا الزِّنَا فَقَدْ نُدِبَ إلَى سَتْرِهِ حَتَّى لَوْ اشْتَهَرَ حَالُهَا) بِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا أَوْ لِصَيْرُورَتِهِ عَادَةً (لَا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا) فَإِنْ قِيلَ: يَجِبُ أَنْ يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ أَيْضًا لِأَنَّهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ اسْمِ الْبِكْرِ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ } أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا قَوْلُ بَعْضِ

الْمَشَايِخِ وَهُوَ ضَعِيفٌ بَعِيدٌ فَإِنَّ فِي الْمَوْطُوءَةِ بِالشُّبْهَةِ وَالنِّكَاحِ الفَاسِدِ هَذَا مَوْجُودٌ أَيْضًا، وَلا يُكْتَفَى بِسُكُوتِهَا بِالإِجْمَاعِ فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ بَقَاءُ صِفَةِ الحَيَاءِ.

(وَإِذَا قَالَ الزَّوجُ بَلَغَك النِّكَاحُ فَسَكَتَت وَقَالَت رَدَدتُ فَالقَولُ قَولُهَا) وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: القَولُ قَولُهُ لأَنَّ السُّكُوتَ أَصلٌ وَالرَّدَّ عَارِضٌ، فَصَارَ كَالمَشرُوطِ لهُ الخِيَارُ إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ بَعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ، وَنَحنُ نَقُولُ إِنَّهُ يَدَّعِي لُزُومَ العَقدِ وَتَمَلُّكَ البُضعِ وَالمَرأَةُ تَدفَعُهُ فَكَانَت مُنكِرَةً، كَالمُودِعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الوَدِيعَةِ، بِخِلافِ مَسأَلَةِ الخِيَارِ لأَنَّ اللُّزُومَ قَد ظَهَرَ بِمُضِيِّ المُدَّةِ، وَإِن أَقَامَ الزَّوجُ البَيِّنَةَ عَلَى سُكُوتِهَا ثَبَتَ النِّكَاحُ لأَنَّهُ نَوَّرَ دَعوَاهُ بِالحُجَّةِ، وَإِن لَم تَكُن لهُ بَيِّنَةٌ فَلا يَمِينَ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسأَلَةُ الاستِحلافِ فِي الأَشيَاءِ السِّتَّةِ، وَسَتَأتِيك فِي الدَّعوَى إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ السُّكُوتَ أَصْلٌ وَالرَّدُّ عَارِضٌ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ السُّكُوتَ عَدَمُ الكَلامِ، وَلا شَكَّ فِي تَقَدُّمِهِ عَلَى عُرُوضِ الكَلامِ (فَصَارَ كَالمَشْرُوطِ لهُ الخِيَارُ إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ) فَإِنَّهُ لا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ بَل القَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي لُزُومَ العَقْدِ بِالسُّكُوتِ بِالإِجْمَاعِ، لأَنَّ السُّكُوتَ أَصْلٌ وَالرَّدَّ عَارِضٌ فَكَانَ القَوْلُ قَوْل مَنْ يَدَّعِي السُّكُوتَ.

وَقَوْلُهُ (وَنَحْنُ نَقُولُ) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الإِنْكَارُ المَعْنَوِيُّ وَزُفَرُ يَعْتَبِرُ الإِنْكَارَ الصُّورِيَّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرَ. وَوَجْهُهُ أَنْ يُجْعَل القَوْلُ لِمَنْ يَشْهَدُ لهُ الظَّاهِرُ وَاللُّزُومُ قَدْ ظَهَرَ بِمُضِيِّ المُدَّةِ فَلِهَذَا كَانَ القَوْلُ لِلسَّاكِتِ (وَإِنْ أَقَامَ الزَّوْجُ البَيِّنَةَ عَلَى السُّكُوتِ ثَبَتَ النِّكَاحُ).

فَإِنْ قِيل: هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِمَا ذَكَرْتُمْ أَنَّ السُّكُوتَ عَدَمُ الكَلامِ وَالشَّهَادَةُ عَلَى النَّفْيِ غَيْرُ مَقْبُولةٍ. أُجِيبَ بِأَنَّهَا مَقْبُولةٌ إِذَا كَانَ عِلمُ الشَّاهِدِ مُحِيطًا بِهِ كَمَا إِذَا ادَّعَتْ المَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ قَال المَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ وَلَمْ يَقُل قَوْل النَّصَارَى وَقَال الرَّجُلُ بَل قُلته فَأَقَامَتْ بَيِّنَةً أَنَّهُ لَمْ يَقُلْهُ يُقْبَلُ وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، لأَنَّ هَذَا مِمَّا يُحِيطُ بِهِ عِلمُ الشَّاهِدِ لِمَا أَنَّهُ لوْ قَالهُ لسَمِعَهُ الشُّهُودُ وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ.

قَال الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ: بَيِّنَتُهَا أَوْلى لأَنَّهَا تُثْبِتُ الرَّدَّ وَهُوَ يُثْبِتُ عَدَمًا وَهُوَ السُّكُوتُ، حَتَّى لوْ أَقَامَهَا عَلَى أَنَّهَا أَجَازَتْ أَوْ رَضِيَتْ حِينَ عَلِمَتْ حَتَّى اسْتَوَتَا فِي

الإِثْبَات تَرَجَّحَتْ بَيِّنَتُهُ لإِثْبَاتِهِ اللُّزُومَ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَلا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الاسْتِحْلافِ فِي الأَشْيَاءِ السِّتَّةِ، وَسَتَأْتِيك فِي الدَّعْوَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

(وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الوَلِيُّ بِكرًا كَانَت الصَّغِيرَةُ أَو ثَيِّبًا وَالوَلِيُّ هُوَ العَصَبَةُ) وَمَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي غَيرِ الأَبِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي غَيرِ الأَبِ وَالجَدِّ، وَفِي الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ أَيضًا. وَجهُ قَول مَالكٍ أَنَّ الوِلايَةَ عَلى الحُرَّةِ بِاعتِبَارِ الحَاجَةِ وَلا حَاجَةَ هُنَا لانعِدَامِ الشَّهوَةِ، إلا أَنَّ وِلايَةَ الأَبِ ثَبَتَت نَصًّا بِخِلافِ القِيَاسِ وَالجَدُّ ليسَ فِي مَعنَاهُ فَلا يُلحَقُ بِهِ. قُلنَا: لا بَل هُوَ مُوَافِقٌ للقِيَاسِ لأَنَّ النِّكَاحَ يَتَضَمَّنُ المَصَالحَ وَلا تَتَوَفَّرُ إلا بَينَ المُتَكَافِئَينِ عَادَةً وَلا يَتَّفِقُ الكُفءُ فِي كُلِّ زَمَانٍ، فَأَثبَتنَا الوِلايَةَ فِي حَالَةِ الصِّغَرِ إِحرَازًا للكُفءِ.

وَجهُ قَول الشَّافِعِيِّ أَنَّ النَّظَرَ لا يَتِمُّ بِالتَّفوِيضِ إِلى غَيرِ الأَبِ وَالجَدِّ لقُصُورِ شَفَقَتِهِ وَبُعدِ قَرَابَتِهِ وَلهَذَا لا يَملكُ التَّصَرُّفَ فِي المَال مَعَ أَنَّهُ أَدنَى رُتبَةً، فَلأَن لا يَملكَ التَّصَرُّفَ فِي النَّفسِ وَإِنَّهُ أَعلى وَأَولى. وَلنَا أَنَّ القَرَابَةَ دَاعِيَةٌ إِلى النَّظَرِ كَمَا فِي الأَبِ وَالجَدِّ، وَمَا فِيهِ مِن القُصُورِ أَظهَرنَاهُ فِي سَلبِ وِلايَةِ الإِلزَامِ، بِخِلافِ التَّصَرُّفِ فِي المَال فَإِنَّهُ يَتَكَرَّرُ فَلا يُمكِنُ تَدَارُكُ الخَلَل فَلا تُفِيدُ الوِلايَةُ إلا مُلزِمَةً وَمَعَ القُصُورِ لا تَثبُتُ وِلايَةُ الإِلزَامِ.

وَجهُ قَولهِ فِي المَسأَلةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الثِّيَابَةَ سَبَبٌ لحُدُوثِ الرَّأيِ لوُجُودِ المُمَارَسَةِ فَأَدرنَا الحُكمَ عَليهَا تَيسِيرًا. وَلنَا مَا ذَكَرنَا مِن تَحَقُّقِ الحَاجَةِ وَوُفُورِ الشَّفَقَةِ، وَلا مُمَارَسَةَ تُحدِثُ الرَّأيَ بِدُونِ الشَّهوَةِ فَيُدَارُ الحُكمُ عَلى الصِّغَرِ، ثُمَّ الَّذِي يُؤَيِّدُ كَلامَنَا فِيمَا تَقَدَّمَ قَولُهُ ﷺ «النِّكَاحُ إِلى العَصَبَاتِ مِن غَيرِ فَصلٍ»[1] وَالتَّرتِيبُ فِي العَصَبَاتِ فِي وِلايَةِ النِّكَاحِ كَالتَّرتِيبِ فِي الإِرثِ وَالأَبعَدُ مَحجُوبٌ بِالأَقرَبِ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ) يَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ (إِذَا زَوَّجَهُمَا الوَلِيُّ بِكْرًا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ أَوْ ثَيِّبًا وَالوَلِيُّ هُوَ العَصَبَةُ) عَلى تَرْتِيبِ العَصَبَاتِ فِي

---

(١) قال ابن حجر في الدراية (٢/٦٢): لم أجده.

الإِرْثِ، وَقَال مَالكٌ: وَلِيُّهُمَا الأَبُ لَيْسَ إلا، حَتَّى لوْ زَوَّجَهُمَا الجَدُّ عِنْدَ عَدَمِ الأَبِ لا يَجُوزُ. وَقَال الشَّافعِيُّ: وَلِيُّهُمَا الأَبُ وَالجَدُّ لا غَيْرُ إذَا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ بِكْرًا، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَلا وِلايَةَ عَلَيْهَا، حَتَّى لوْ زَوَّجَهَا الأَخُ أَوْ العَمُّ، أَوْ زَوَّجَ الثَّيِّبَ الصَّغِيرَةَ الأَبُ أَوْ الجَدُّ كَرْهًا لا يَنْفُذُ النِّكَاحُ.

(وَجْهُ قَوْل مَالكٍ أَنَّ الوِلايَةَ عَلى الحُرَّةِ) مَعَ قِيَامِ المُنَافِي (بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ وَلا حَاجَةَ) فِي الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ فَلا وِلايَةَ عَلَيْهِمَا (غَيْرَ أَنَّ وِلايَةَ الأَبِ ثَبَتَتْ نَصًّا عَلى خِلافِ القِيَاسِ) فَإِنَّ أَبَا بَكْرٍ زَوَّجَ عَائِشَةَ مِنْ النَّبِيِّ ﷺ وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلكَ فَلا يُقَاسُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الجَدُّ وَلا يُلحَقُ بِهِ دَلالةً لأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لأَنَّ الوَلدَ جُزْءُ الأَبِ فَكَانَتْ الوِلايَةُ للأَبِ عَلَيْهِ كَالوِلايَةِ عَلى نَفْسِهِ، وَالجُزْئِيَّةُ قَدْ ضَعُفَتْ بِالجَدِّ وَشَفَقَتُهُ قَدْ نَقَصَتْ فَلا يَكُونُ فِي مَعْنَاهُ.

(قُلنَا لا) نُسَلِّمُ أَنَّ الوِلايَةَ عَلى الحُرِّ عَلى خِلافِ القِيَاسِ (بَل هُوَ مُوَافِقٌ لهُ لأَنَّ النِّكَاحَ يَتَضَمَّنُ المَصَالحَ) مِنْ التَّنَاسُل وَالسَّكَنِ وَالازْدِوَاجِ وَقَضَاءِ الشَّهْوَةِ (وَلا تَتَوَفَّرُ إلا بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ عَادَةً وَلا يَتَّفِقُ الكُفْءُ فِي كُلِّ وَقْتٍ فَأَثْبَتْنَا الوِلايَةَ فِي حَال الصِّغَرِ إحْرَازًا لِلكُفْءِ) لِكُلِّ مَنْ يَتَأَتَّى مِنْهُ الإِحْرَازُ أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ.

وَوَجْهُ قَوْل الشَّافعِيِّ أَنَّ الوِلايَةَ لِلنَّظَرِ وَالنَّظَرُ لا يَتِمُّ بِالتَّفْوِيضِ إلى غَيْرِ الأَبِ وَالجَدِّ لِقُصُورِ شَفَقَتِهِ وَبُعْدِ قَرَابَتِهِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِقُصُورِ شَفَقَتِهِ (لا يَمْلكُ التَّصَرُّفَ فِي المَال مَعَ أَنَّهُ أَدْنَى رُتْبَةً) لِكَوْنِهِ وِقَايَةً لِلنَّفْسِ (فَلأَنْ لا يَمْلكَ التَّصَرُّفَ فِي النَّفْسِ وَإِنَّهُ أَعْلى أَوْلى. وَلنَا أَنَّ) الوِلايَةَ لِلنَّظَرِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي كُلِّ قَرِيبٍ، لأَنَّ (القَرَابَةَ دَاعِيَةٌ إليْهِ كَمَا فِي الأَبِ وَالجَدِّ) فَإِنَّ النَّظَرَ فِيهِمَا لمْ يَثْبُتْ إلا مِنْ القَرَابَةِ، غَايَةُ مَا فِي البَابِ أَنَّهُ مُتَفَاوِتٌ كَمَالا وَقُصُورًا بِقُرْبِ القَرَابَةِ وَبُعْدِهَا، لكِنْ مَا فِي البَعِيدَةِ مِنْ القُصُورِ مُمْكِنُ التَّدَارُكِ فَأَظْهَرْنَاهُ فِي سَلبِ وِلايَةِ الإِلزَامِ فَجَعَلنَا لهُمَا خِيَارَ البُلوغِ.

فَإِذَا بَلغَا وَوَجَدَا الأَمْرَ عَلى مَا يَنْبَغِي مَضَيَا عَلى النِّكَاحِ، وَإِنْ وَجَدَا قَدْ أَوْقَعَا خَللا بِقُصُورِ الشَّفَقَةِ وَالنَّظَرِ فَسَخَا النِّكَاحَ، بِخِلافِ التَّصَرُّفِ فِي المَال لأَنَّ الخَلل الوَاقِعَ بِسَبَبِ القُصُورِ غَيْرُ مُمْكِنِ التَّدَارُكِ لأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ بِتَدَاوُل الأَيْدِي بِأَنْ يَبِيعَ الوَلِيُّ ثُمَّ يَبِيعَ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ ثُمَّ وَثُمَّ، وَقَدْ يَغِيبُ بَعْضُهُمْ، وَلا يُمْكِنُ تَوَقُّفُ ذَلكَ كُلِّهِ إلى وَقْتِ

البُلُوغِ (فَلا تُفِيدُ الوِلايَةَ إلا مُلزِمَةً) وَلا إلزَامَ مَعَ القُصُورِ، بِخِلافِ المُتَنَاكِحَيْنِ فَإِنَّهُمَا ثَابِتَانِ مِنْ غَيْرِ تَكْرَارٍ غَالِبًا، فَكَانَ التَّدَارُكُ بِالتَّوَقُّفِ مُمْكِنًا.

وَقَوْلُهُ (وَجْهُ قَوْلِهِ) أَيْ الشَّافِعِيِّ (فِي المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الثِّيَابَةَ سَبَبٌ لِحُدُوثِ الرَّأْيِ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الرَّأْيَ أَمْرٌ بَاطِنٌ وَالثِّيَابَةُ سَبَبٌ لِحُدُوثِهِ (لِوُجُودِ المُمَارَسَةِ) فَتُقَامُ مَقَامَهُ وَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْهِ تَيْسِيرًا (وَلَنَا مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَحَقُّقِ الحَاجَةِ) يَعْنِي أَنَّ المُقْتَضَى لِلوِلايَةِ النَّظَرِيَّةِ هُوَ الحَاجَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ لِلصِّغَرِ وَالمَانِعِ وَهُوَ قُصُورُ الشَّفَقَةِ قَدْ انْتَفَى لأَنَّ الشَّفَقَةَ فِي الأَبِ وَالجَدِّ مُتَوَافِرَةٌ، وَإِذَا وُجِدَ المُقْتَضَى وَانْتَفَى المَانِعُ يَجِبُ تَحَقُّقُ الحُكْمِ، وَلا نُسَلِّمُ حُصُولَ الرَّأْيِ لِلصَّغِيرَةِ بِسَبَبِ المُمَارَسَةِ لأَنَّ الرَّأْيَ وَالعِلمَ بِلَذَّةِ الجِمَاعِ إِنَّمَا يَحْدُثُ عَنْ مُبَاشَرَةٍ بِشَهْوَةٍ وَلا شَهْوَةَ لَهَا.

وَإِذَا لَمْ تَكُنْ الثِّيَابَةُ سَبَبًا لِحُدُوثِ الرَّأْيِ لا تَصْلُحُ مَدَارًا. وَأَمَّا الصِّغَرُ فَإِنَّهُ سَبَبٌ لِلحَاجَةِ لِلعَجْزِ عَنْ التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُدَارًا، فَكُلَّمَا ثَبَتَ الصِّغَرُ ثَبَتَتْ الوِلايَةُ (ثُمَّ الَّذِي يُؤَيِّدُ كَلامَنَا فِيمَا تَقَدَّمَ) يَعْنِي مِنْ إِطْلاقِ الوَلِيِّ فِي قَوْلِهِ: (وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الوَلِيُّ) (قَوْلُهُ ﷺ: «**النِّكَاحُ إلى العَصَبَاتِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ**») وَقَوْلُهُ (وَالتَّرْتِيبُ فِي العَصَبَاتِ) ظَاهِرٌ.

قَال (فَإِن زَوَّجَهُمَا الأَبُ وَالجَدُّ) يَعنِي الصَّغِيرَ وَالصَّغِيرَةَ (فَلا خِيَارَ لَهُمَا بَعدَ بُلُوغِهِمَا) لأَنَّهُمَا كَامِلا الرَّأيِ وَافِرَا الشَّفَقَةِ فَيَلزَمُ العَقدُ بِمُبَاشَرَتِهَا كَمَا إِذَا بَاشَرَاهُ بِرِضَاهُمَا بَعدَ البُلُوغِ (وَإِن زَوَّجَهُمَا غَيرُ الأَبِ وَالجَدِّ فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا الخِيَارُ إِذَا بَلَغَ، إِن شَاءَ أَقَامَ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِن شَاءَ فَسَخَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا خِيَارَ لَهُمَا اعتِبَارًا بِالأَبِ وَالجَدِّ.

وَلَهُمَا أَنَّ قَرَابَةَ الأَخِ نَاقِصَةٌ وَالنُّقصَانُ يُشعِرُ بِقُصُورِ الشَّفَقَةِ فَيَتَطَرَّقُ الخَلَلُ إِلَى المَقَاصِدِ عَسَى وَالتَّدَارُكُ مُمكِنٌ بِخِيَارِ الإِدرَاكِ، وَإِطلاقُ الجَوَابِ فِي غَيرِ الأَبِ وَالجَدِّ يَتَنَاوَلُ الأُمَّ، وَالقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ مِن الرِّوَايَةِ لِقُصُورِ الرَّأيِ فِي أَحَدِهِمَا وَنُقصَانِ الشَّفَقَةِ فِي الآخَرِ فَيَتَخَيَّرُ. قَالَ (وَيُشتَرَطُ فِيهِ القَضَاءُ) بِخِلافِ خِيَارِ العِتقِ لأَنَّ الفَسخَ هَهُنَا لِدَفعِ ضَرَرٍ خَفِيٍّ وَهُوَ تَمَكُّنُ الخَلَلِ وَلِهَذَا يَشمَلُ الذَّكَرَ وَالأُنثَى فَجُعِلَ إِلزَامًا فِي حَقِّ الآخَرِ فَيُفتَقَرُ إِلَى القَضَاءِ.

وَخِيَارُ العِتقِ لدَفعِ ضَرَرٍ جَليٍّ وَهُوَ زِيَادَةُ المِلكِ عَليهَا (وَلهَذَا يَختَصُّ بِالأُنثَى فَاعتُبِرَ دَفعًا وَالدَّفعُ لا يَفتَقِرُ إِلى القَضَاءِ) ثُمَّ عِندَهُمَا إِذَا بَلَغَت الصَّغِيرَةُ وَقَد عَلِمَت بِالنِّكَاحِ فَسَكَتَت فَهُوَ رِضًا، (وَإِن لم تَعلم بِالنِّكَاحِ فَلهَا الخِيَارُ حَتَّى تَعلمَ فَتَسكُتَ) شَرَطَ العِلمَ بِأَصل النِّكَاحِ لأَنَّهَا لا تَتَمَكَّنُ مِن التَّصَرُّفِ إِلا بِهِ، وَالوَليُّ يَنفَرِدُ بِهِ فَعُذِرَت بِالجَهل، وَلم يُشتَرَط العِلمُ بِالخِيَارِ لأَنَّهَا تَتَفَرَّغُ لمَعرِفَةِ أَحكَامِ الشَّرعِ وَالدَّارُ دَارُ العِلمِ فَلم تُعذَر بِالجَهل، بِخِلافِ المُعتَقَةِ لأَنَّ الأَمَةَ لا تَتَفَرَّغُ لمَعرِفَتِهَا فَتُعذَرُ بِالجَهل بِثُبُوتِ الخِيَارِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالأَبِ وَالجَدِّ) بِجَامِعِ دَاعِيَةِ القَرَابَةِ (وَلَهُمَا أَنَّ قَرَابَةَ الأَخِ نَاقِصَةٌ) خُصِّصَ الأَخُ لِيُعْلَمَ بِهِ حُكْمُ سَائِرِ الأَوْلِيَاءِ بِالطَّرِيقِ الأَوْلى لأَنَّهُ أَقْرَبُ الأَوْلِيَاءِ بَعْدَ الجَدِّ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَطَرَّقُ الخَلَلُ إِلى المَقَاصِدِ عَسَى) يَعْنِي أَنَّ وَرَاءَ الكَفَاءَاتِ وَالمَهْرِ مَقَاصِدَ أُخْرَى فِي النِّكَاحِ مِنْ سُوءِ الخُلُقِ وَحُسْنِهِ وَلطَافَةِ العِشْرَةِ وَغِلظِهَا وَكَرَمِ الصُّحْبَةِ وَلُؤْمِهَا وَتَوْسِيعِ النَّفَقَةِ وَتَقْتِيرِهَا، وَهَذِهِ المَقَاصِدُ أَهَمُّ مِنْ الكَفَاءَةِ، وَلا يُوقَفُ عَلَيْهَا إِلا بِجِدٍّ بَلِيغٍ وَنَظَرٍ صَائِبٍ، فَلِنُقْصَانِ قَرَابَتِهِ وَقُصُورِ شَفَقَتِهِ رُبَّمَا لا يُحْسِنُ النَّظَرَ فَيُتَوَهَّمُ الخَلَلُ فِيهَا فَيَتَدَارَكُ بِخِيَارِ الإِدْرَاكِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِطْلاقُ الجَوَابِ فِي غَيْرِ الأَبِ وَالجَدِّ يَتَنَاوَلُ الأُمَّ وَالقَاضِي) يَعْنِي فِي إِثْبَاتِ الخِيَارِ عِنْدَ البُلُوغِ، وَأَرَادَ بِالإِطْلاقِ قَوْلَهُ فَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الأَبِ وَالجَدِّ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رَوَى خَالِدُ بْنُ صُبَيْحٍ المَرْوَزِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَثْبُتُ الخِيَارُ لِليَتِيمَةِ إِذَا زَوَّجَهَا القَاضِي لأَنَّ لهُ الوِلايَةَ فِي المَالِ وَالنَّفْسِ وَكَانَ فِي قُوَّةِ وِلايَةِ الأَبِ وَالجَدِّ.

وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ (بِقَوْلِهِ لِقُصُورِ الرَّأْيِ فِي أَحَدِهِمَا) يَعْنِي الأُمَّ (وَنُقْصَانُ الشَّفَقَةِ فِي الآخَرِ) يَعْنِي القَاضِيَ، أَلا تَرَى أَنَّ وِلايَةَ القَاضِي مُتَأَخِّرَةٌ عَنْ وِلايَةِ الأَخِ وَالعَمِّ، فَإِذَا ثَبَتَ لهُمَا الخِيَارُ فِي تَزْوِيجِهِمَا فَفِي تَزْوِيجِ القَاضِي أَوْلى. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ) أَيْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ بِخِيَارِ البُلُوغِ (القَضَاءُ لأَنَّ الفَسْخَ هَهُنَا لدَفْعِ ضَرَرٍ خَفِيٍّ وَهُوَ تَمَكُّنُ الخَلَلِ) بِسَبَبِ قُصُورِ شَفَقَةِ المُزَوِّجِ.

(وَلهَذَا) أَيْ لِتَمَكُّنِ الخَلَلِ (يَشْمَلُ) الفَسْخُ (الذَّكَرَ وَالأُنْثَى) لأَنَّ قُصُورَ الشَّفَقَةِ

كَمَا هُوَ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ مُمْكِنٌ كَذَلكَ فِي حَقِّ الغُلامِ، وَإِذَا كَانَ الضَّرَرُ خَفِيًّا لا يُطَّلَعُ عَلَيْه، لأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلة فِيمَا إذَا كَانَ الزَّوْجُ كُفئًا وَالمَهْرُ تَامًّا فَرُبَّمَا يُنْكِرُهُ الزَّوْجُ فَيَحْتَاجُ إلى القَضَاءِ للإِلزَامِ. وَأَمَّا خِيَارُ العِتْقِ فَلدَفْعِ ضَرَرٍ جَليٍّ وَهُوَ زِيَادَةُ الملك عَلَيْهَا، فَإِنَّ الزَّوْجَ قَبْل عِتْقِهَا كَانَ يَمْلكُ عَلَيْهَا تَطْلِيقَتَيْنِ وَيَمْلكُ مُرَاجَعَتَهَا فِي قُرْأَيْنِ ثُمَّ ازْدَادَ ذَلكَ بِالعِتْقِ وَهُوَ أَمْرٌ جليٌّ لَيْسَ للإِنْكَارِ فِيه مَجَالٌ حَتَّى يَحْتَاجَ إلى الإلزَامِ، لكِنْ لَهَا أَنْ تَدْفَعَ ذَلكَ عَنْ نَفْسِهَا وَذَلكَ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِ النِّكَاحِ غَيْرُ مُمْكِنٍ لأَنَّهُ بَعْدَ العِتْقِ يَسْتَلزِمُهَا، وَوُجُودُ المَلزُومِ بِدُونِ وُجُودِ اللازِمِ مُحَالٌ، فَكَانَ لَهَا أَنْ تَدْفَعَ أَصْلَ المِلكِ فِي ضِمْنِ مَالَهَا مِنْ دَفْعِ الزِّيَادَة.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ دَفْعَهَا مَا عَلَيْهَا مِنْ الزِّيَادَة يُبْطِلُ مَا كَانَ ثَابِتًا مِنْ حَقِّ الزَّوْجِ المُسْتَتْبِعِ الزِّيَادَةَ وَفِي ذَلكَ جَعْلُ التَّابِعِ مَتْبُوعًا وَهُوَ عَكْسُ المَعْقُول وَنَقْضُ الأُصُول. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِجَعْلِ التَّابعِ مَتْبُوعًا، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الالتِزَامِ للضَّرَرِ المَرْضِيِّ، فَإِنَّ الزَّوْجَ حِينَ تَزَوَّجَ الأَمَةَ عَالمًا لَهَا بخِيَارِ العِتْقِ التَزَمَ الضَّرَرَ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ وَالضَّرَرُ المَرْضِيُّ غَيْرُ ضَائِرٍ، بخِلاف الأَمَة فَإِنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِمَا يَزِيدُ عَلَيْهَا مِنْ المِلكِ عِنْدَ العِتْقِ لعَدَمِ اخْتِيَارِهَا فِي النِّكَاحِ فَلَمْ يَكُنْ ضَرَرُهَا بِمُرْضٍ فَكَانَ ضَائِرًا، وَإِذَا اجْتَمَعَ الضَّرَرُ الضَّائِرُ وَغَيْرُ الضَّائِرِ يُدْفَعُ الضَّائِرُ دُونَ غَيْرِه.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ عِنْدَهُمَا) أيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، خَصَّهُمَا بالذِّكْرِ لأَنَّ مَذْهَبَ أَبِي يُوسُفَ لا يَرِدُ هَاهُنَا لأَنَّهُ لا يَرَى خِيَارَ البُلُوغِ، وَإِنْ كَانَ المُزَوِّجُ غَيْرَ الأَب وَالجَدِّ.

وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ هَهُنَا أُمُورٌ يَقَعُ بِهَا الفَرْقُ بَيْنَ خِيَارِ البُلُوغِ وَالعِتْقِ وَذَلكَ خَمْسَةٌ:

الأَوَّلُ: أَنَّ خِيَارَ البُلُوغِ فِي الفُرْقَة يَحْتَاجُ إلى القَضَاءِ دُونَ خِيَارِ العِتْقِ. **وَالثَّانِي**: أَنَّ خِيَارَ البُلُوغِ يَثْبُتُ للغُلامِ وَالجَارِيَةِ وَخِيَارُ العِتْقِ يَثْبُتُ للجَارِيَة فَقَطْ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُمَا. **وَالثَّالثُ**: أَنَّ الصَّغِيرَةَ إذَا بَلَغَتْ وَقَدْ عَلمَتْ بالنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ بَطَلَ خِيَارُهَا سَوَاءٌ كَانَتْ عَالمَةً بِأَنَّ لَهَا الخِيَارَ أَوْ لَمْ تَكُنْ، أَمَّا إذَا كَانَتْ عَالمَةً فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إذَا لَمْ تَكُنْ فَلأَنَّهَا لَمْ تُعْذَرْ بالجَهْلِ بالخِيَارِ (لأَنَّهَا تَتَفَرَّغُ لمَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَالدَّارُ دَارُ العلمِ) بخِلافِ مَا إذَا لَمْ تَكُنْ عَالمَةً بالنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ فَإِنَّهَا عَلَى خِيَارِهَا لأَنَّهَا لا تَتَمَكَّنُ مِنْ التَّصَرُّفِ إلا بِهِ، وَالوَليُّ يَنْفَرِدُ بِالنِّكَاحِ فَكَانَتْ مَعْذُورَةً فِي الجَهْلِ.

وَأَمَّا الْمُعْتَقَةُ فَإِنَّهَا مَعْذُورَةٌ فِي الجَهْلِ سَوَاءٌ كَانَتْ جَاهِلَةً بِالعِتْقِ أَوْ بِثُبُوتِ الخِيَارِ لَهَا، أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ الْمَوْلَى يَنْفَرِدُ بِهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ الأَمَةَ لاشْتِغَالِهَا بِالخِدْمَةِ لا تَتَفَرَّغُ لِمَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ فَكَانَتْ مَعْذُورَةً.

(ثُمَّ خِيَارُ البِكْرِ يَبطُلُ بِالسُّكُوتِ، وَلا يَبطُلُ خِيَارُ الغُلامِ مَا لم يَقُل رَضِيت أَو يَجِيءُ مِنهُ مَا يُعلمُ أَنَّهُ رِضًا، وَكَذَلكَ الجَارِيَةُ إِذَا دَخَل بِهَا الزَّوجُ قَبل البُلُوغِ) اعتِبَارًا لِهَذِهِ الحَالَةِ بِحَالَةِ ابتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَخِيَارُ البُلُوغِ فِي حَقِّ البِكرِ لا يَمتَدُّ إِلى آخرِ المَجلسِ وَلا يَبطُلُ بِالقِيَامِ فِي حَقِّ الثَّيِّبِ وَالغُلامِ لأَنَّهُ مَا ثَبَتَ بِإِثبَاتِ الزَّوجِ بَل لِتَوَهُّمِ الخَلل فَإِنَّمَا يَبطُلُ بِالرِّضَا غَيرَ أَنَّ سُكُوتَ البِكرِ رِضًا، بِخِلافِ خِيَارِ العِتقِ لأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِثبَاتِ المَولى وَهُوَ الإِعتَاقُ فَيُعتَبَرُ فِيهِ المَجلسُ كَمَا فِي خِيَارِ المُخَيَّرَةِ.

ثُمَّ الفُرقَةُ بِخِيَارِ البُلُوغِ ليسَت بِطَلاقٍ لأَنَّهُ يَصِحُّ مِن الأُنثَى وَلا طَلاقَ إِليهَا، وَكَذَا بِخِيَارِ العِتقِ لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلافِ المُخَيَّرَةِ لأَنَّ الزَّوجَ هُوَ الَّذِي مَلَكَهَا وَهُوَ مَالكٌ لِلطَّلاقِ (فَإِن مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبل البُلُوغِ وَرِثَهُ الآخَرُ) وَكَذَا إِذَا مَاتَ بَعدَ البُلُوغِ قَبل التَّفرِيقِ لأَنَّ أَصل العَقدِ صَحِيحٌ وَالمِلكُ ثَابِتٌ بِهِ وَقَد انتَهَى بِالمَوتِ، بِخِلافِ مُبَاشَرَةِ الفُضُولِيِّ إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوجَينِ قَبل الإِجَازَةِ لأَنَّ النِّكَاحَ ثَمَّةَ مَوقُوفٌ فَيَبطُلُ بِالمَوتِ وَهَهُنَا نَافِذٌ فَيَتَقَرَّرُ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ خِيَارُ البِكْرِ) تَفْرِيعٌ عَلَى خِيَارِ البُلُوغِ الشَّامِلِ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَنْ لَهُ خِيَارُ البُلُوغِ إِذَا كَانَ غُلامًا فَبَلَغَ لَمْ يَبْطُل خِيَارُهُ (مَا لَمْ يَقُل رَضِيت أَوْ يَجِيءُ مِنْهُ) بِالجَزْمِ (مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ رِضًا) وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً وَقَدْ دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ قَبْلَ البُلُوغِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا يَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالسُّكُوتِ (اعْتِبَارًا لِهَذِهِ الحَالَةِ بِحَالَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ) فَإِنَّ الصَّغِيرَةَ البِكْرَ إِذَا أَدْرَكَتْ وَاسْتُؤْمِرَتْ لِلنِّكَاحِ فَسَكَتَتْ عِنْدَ ابْتِدَاءِ العَقْدِ كَانَ سُكُوتُهَا رِضًا فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا الخِيَارُ فَأَدْرَكَتْ وَسَكَتَتْ كَانَ سُكُوتُهَا رِضًا فَيَبْطُلُ اخْتِيَارُهَا وَالغُلامُ وَالجَارِيَةُ الثَّيِّبُ إِذَا اُسْتُؤْمِرَا عِنْدَ ابْتِدَاءِ عَقْدِ النِّكَاحِ لَمْ يَكُنْ سُكُوتُهُمَا رِضًا بَلْ لا بُدَّ مِنْ الرِّضَا صَرِيحًا أَوْ دَلالَةً، فَكَذَلِكَ عِنْدَ خِيَارِ البُلُوغِ لَمْ يَكُنْ السُّكُوتُ مِنْهُمَا رِضًا بَلْ لا بُدَّ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَخِيَارُ البُلُوغِ) تَفْرِيعٌ آخَرُ عَلَى خِيَارِ البُلُوغِ، وَيَتَضَمَّنُ الوَجْهُ الرَّابِعُ

وَالخَامسُ مِنْ الفرْق بَيْنَ خيَار البُلُوغ وَخيَار العتْق. وَتَقْرِيرُهُ خيَارُ البُلُوغ (في حَقِّ البكْر لا يَمْتَدُّ إلى آخر المَجْلس) يَعْني مَجْلسَ بُلُوغها بأَنْ رَأَتْ الدَّمَ وَقَدْ كَانَ بَلغَهَا خَبَرُ النِّكَاح فَسَكَتَتْ أَوْ مَجْلسُ بُلُوغ الخَبَر بالنِّكَاح فَسَكَتَتْ، بَل يَبْطُلُ بمُجَرَّد السُّكُوت في الوَجْهَيْنِ جَميعًا، وَأَمَّا خيَارُ الثَّيِّب وَالغُلامِ فَلا يَبْطُلُ بِالقيَامِ عَنْ المَجْلس بَل يَمْتَدُّ إلى مَا وَرَاءَ المَجْلس.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَا ثَبَتَ) دَليلُ عَدَمِ البُطْلان في حَقِّ الثَّيِّب خَاصَّةً. وَتَقْرِيرُهُ خيَارُ بُلُوغهَا لَمْ يَثْبُتْ بإِثْبَات الزَّوْج وَهُوَ ظَاهرٌ، وَمَا لا يَثْبُتُ بإِثْبَات الزَّوْج لا يَقْتَصرُ عَلى المَجْلس فَإِنَّ التَّفْويضَ هُوَ المُقْتَصرُ عَلى المَجْلس كَمَا سَيَجيء.

وَقَوْلُهُ (بَل لتَوَهُّم الخَلل) دَليلٌ يَشْمَلُ البكْرَ وَالغُلامَ. وَتَقْرِيرُهُ: خيَارُ البُلُوغ ثَبَتَ بعَدَم الرِّضَا لتَوَهُّم الخَلل، وَمَا يَثْبُتُ بعَدَم الرِّضَا يَبْطُلُ بالرِّضَا لوُجُود مُنَافيه، فَإنَّ الشَّيْءَ لا يَثْبُتُ مَعَ مُنَافيه، غَيْرَ أَنَّ سُكُوتَ البكْر رضًا دُونَ سُكُوت الغُلام فَيَبْطُلُ خيَارُهَا بمُجَرَّد السُّكُوت وَيَمْتَدُّ خيَارُهُ إلى مَا وَرَاءَ المَجْلس فَانْظُرْ إلى هَذَا الإدْرَاج في ضمْن الإيجَاز الَّذي هُوَ قَرِيبٌ إلى حَدِّ الإعْجَاز، جَزَاهُ اللَّهُ عَنْ المُحَصِّلينَ خَيْرًا.

وَقَوْلُهُ: (بخلاف خيَار العتْق) للفَرْق بَيْنَهُ وَبَيْنَ خيَار البُلُوغ وَهُوَ الوَجْهُ الرَّابعُ وَتَقْرِيرُهُ: خيَارُ العتْق ثَبَتَ بإِثْبَات غَيْره وَهُوَ المَوْلى لأَنَّهُ لوْ لَمْ يُعْتَقْ لَمَا ثَبَتَ لهَا الخيَارُ، وَكُلُّ خيَار ثَبَتَ بإِثْبَات غَيْره اقْتَصَرَ عَلى المَجْلس (كَمَا في خيَار المُخَيَّرَة) فَيَكُونُ القيَامُ دَليل الإعْرَاض. وَبَيَانُ تَضَمُّن هَذَا الوَجْه للوَجْه الخَامس أَنَّهُ أَشَارَ لذَلكَ بقَوْله غَيْرَ أَنَّ سُكُوتَ البكْر رضًا. يَعْني وَالرِّضَا يُسْقطُ خيَارَ البُلُوغ، وَخيَارُ الإعْتَاق إنَّمَا يُعْتَبَرُ فيه المَجْلسُ وَيَبْطُلُ بالإعْرَاض وَالسُّكُوتُ ليْسَ بإعْرَاض وَهُوَ خَفيٌّ جدًّا.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الفُرْقَةُ بخيَار البُلُوغ ليْسَتْ بطَلاق) يَعْني سَوَاءً كَانَ قَبْل الدُّخُول أَوْ بَعْدَهُ (لأَنَّهُ يَصحُّ منْ الأُنْثَى وَلا طَلاقَ إليْهَا) وَالفَائدَةُ تَظْهَرُ في شَيْئَيْن: **أَحَدُهُمَا**: أَنَّهَا لوْ وَقَعَتْ قَبْل الدُّخُول لَمْ يَجبْ نصْفُ المُسَمَّى وَلوْ كَانَ طَلاقًا لوَجَبَ، **وَالثَّاني**: أَنَّهُمَا لوْ تَنَاكَحَا بَعْدَ الفُرْقَة مَلكَ الزَّوْجُ ثَلاثَ تَطْليقَات (وَكَذَا بخيَار العتْق لمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ يَصحُّ منْ الأُنْثَى. وَقَوْلُهُ (بخلاف خيَار المُخَيَّرَة) ظَاهرٌ إلى آخر المَسْأَلة.

قال (وَلا وِلايَةَ لعَبدٍ وَلا صَغيرٍ وَلا مَجنُونٍ) لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لهُم عَلَى أَنفُسِهِم فَأَولى

أَن لا تَثبُتَ عَلى غَيرِهِم وَلأَنَّ هَذِهِ وِلايَة نَظَرِيَّة وَلا نَظَرَ فِي التَّفوِيضِ إلى هَؤُلاءِ (وَلا وِلايَةَ (لِكَافِرٍ عَلى مُسلمٍ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ **[النساء: ١٤١] وَلِهَذَا لا تُقبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيهِ وَلا يَتَوَارَثَانِ، أَمَّا الكَافِرُ فَتَثبُتُ لَهُ وِلايَةُ الإِنكَاحِ عَلَى وَلَدِهِ الكَافِرِ لِقَولِهِ تَعَالى** ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ **[الأنفال: ٧٣]، وَلِهَذَا تُقبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيهِ وَيُجزِئُ بَينَهُمَا التَّوَارُثُ**

الشرح:

قَال (وَلا وِلايَةَ لعَبْدٍ وَلا صَغيرٍ وَلا مَجْنُونٍ) الوِلايَةُ المُتَعَدِّيَةُ فَرْعُ الوِلايَةِ القَاصرَةِ، فَمَنْ لا وِلايَةَ لهُ عَلى نَفْسه فَأَوْلى أَنْ لا يَكُونَ لهُ وِلايَةٌ عَلى غَيْرِه، وَلأَنَّ هَذه الوِلايَةَ نَظَرِيَّةٌ وَلا نَظَرَ فِي التَّفْوِيضِ إلى هَؤُلاءِ، أَمَّا إلى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُون فَللعَجْزِ عَنْ تَحْصِيل الكُفْءِ، وَأَمَّا إلى العَبْدِ فَكَذَلكَ لاشْتغَاله بخدْمَة المَوْلى (وَلا وِلايَةَ لكَافرٍ عَلى مُسْلمٍ) يَعْني الوِلايَةَ الشَّرْعيَّةَ وَلا مُعْتَبَرَ بالحسِّيَّة منْهَا.

(وَلغَيرِ العَصَبَاتِ مِن الأَقَارِبِ وِلايَةُ التَّزوِيجِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعنَاهُ عِندَ عَدَمِ العَصَبَاتِ، وَهَذَا استِحسَانٌ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لا تَثبُتُ وَهُوَ القِيَاسُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَولُ أَبِي يُوسُفَ فِي ذَلكَ مُضطَرِبٌ وَالأَشهَرُ أَنَّهُ مَعَ مُحَمَّدٍ. لهُمَا مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ الوِلايَةَ إِنَّمَا ثَبَتَت صَونًا للقَرَابَةِ عَن نِسبَةِ غَيرِ الكُفءِ إِليهَا وَإِلى العَصَبَاتِ الصِّيَانَةُ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الوِلايَةَ نَظَرِيَّةٌ وَالنَّظَرُ يَتَحَقَّقُ بِالتَّفوِيضِ إلى مَن هُوَ المُختَصُّ بِالقَرَابَةِ البَاعِثَةِ عَلى الشَّفَقَةِ (وَمَن لا وَليَّ لهَا) يَعنِي العَصَبَةَ مِن جِهَةِ القَرَابَةِ (إِذَا زَوَّجَهَا مَولاهَا الَّذِي أَعتَقَهَا جَازَ) لأَنَّهُ آخِرُ العَصَبَاتِ، (وَإِذَا عُدِمَ الأَولِيَاءُ فَالوِلايَةُ إلى الإِمَامِ وَالحَاكِمِ) لقَولِهِ ﷺ «السُّلطَانُ وَليُّ مَن لا وَليَّ لهُ»[1].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلغَيْرِ العَصَبَات منْ الأَقَاربِ) يَعْني كَالأَخْوَال وَالخَالات وَالعَمَّات (وِلايَةُ التَّزْويجِ عِنْدَ عَدَمِ العَصَبَات) أَيُّ عَصَبَة كَانَتْ سَوَاءٌ كَانَتْ عَصَبَةً يَحلُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المَرْأَة كَابْنِ العَمِّ أَوْ لَمْ يَحلَّ كَالعَمِّ وَمَوْلى العَتَاقَة وَعَصَبَته منْ العَصَبَات، ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَعْدَ العَصَبَاتِ الأُمُّ ثُمَّ ذَوُو الأَرْحَامِ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ البِنْتُ ثُمَّ بِنْتُ

---

(١) سبق تخريجه.

الابْنِ ثُمَّ بنْتُ البِنْت ثُمَّ بِنْتُ ابْنِ الابْنِ ثُمَّ بِنْتُ بِنْت البِنْت ثُمَّ الأُخْتُ لأَب وَأُمٍّ ثُمَّ الأُخْتُ لأَب ثُمَّ الأَخُ وَالأُخْتُ لأُمٍّ ثُمَّ أَوْلادُهُمْ ثُمَّ العَمَّاتُ وَالأَخْوَالُ وَالخَالاتُ وَأَوْلادُهُمْ عَلَى هَذَا التَّرْتِيب، ثُمَّ مَوْلى المُوَالاة ثُمَّ السُّلْطَانُ ثُمَّ القَاضِي وَمَنْ نَصبَهُ القَاضِي إِذَا شَرَطَ تَزْوِيجَ الصِّغَارِ وَالصَّغَائِرِ فِي عَهْدِهِ وَمَنْشُورِهِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ فَلا وِلايَةَ لهُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ: لا وِلايَةَ لغَيْرِ العَصَبَات، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مُضْطَرِبٌ ذَكَرَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي كِتَابِ الوَلاءِ. وَقَوْلُهُ (لهُمَا مَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الإِنْكَاحُ إِلى العَصَبَات**»[1] عُرِفَ الإِنْكَاحُ بِاللامِ فِي غَيْرِ مَعْهُودٍ فَكَانَ مَعْنَاهُ هَذَا الجِنْسُ مُفَوَّضٌ إِلى هَذَا الجِنْسِ فَلا يَكُونُ لغَيْرِهِ فِيهِ مَدْخَلٌ، وَلأَنَّ الوِلايَةَ لصِيَانَةِ القَرَابَةِ عَنْ غَيْرِ الكُفْءِ وَالصِّيَانَةُ إِلى العَصَبَات.

(وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذِهِ الوِلايَةَ نَظَرِيَّةٌ، وَالنَّظَرُ يَتَحَقَّقُ بِالتَّفْوِيضِ إِلى مَنْ هُوَ المُخْتَصُّ بِالقَرَابَةِ البَاعِثَةِ عَلى الشَّفَقَةِ) فَإِنْ قُلت: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلةِ النَّصِّ وَهُوَ لا يَجُوزُ أُجِيبَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ الإِنْكَاحُ إِلى العَصَبَاتِ إِذَا وُجِدَتْ العَصَبَاتُ وَالثَّانِي أَنَّ الوِلايَةَ تَثْبُتُ لغَيْرِهِمْ بِطَرِيقِ الدَّلالةِ بِاعْتِبَارِ الشَّفَقَةِ وَكَمَال الرَّأْيِ.

وَالقَوْلُ بِتَوْرِيثِ ذَوِي الأَرْحَامِ مَعَ القَوْل بِعَدَمِ وِلايَةِ الإِنْكَاحِ غَيْرُ مُسْتَحْسَنٍ لإِطْلاقِ قَوْلِهِ تَعَالى ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] وَلكَوْنِ التَّوْرِيثِ مَبْنِيًّا عَلى الوِلايَةِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا عُدِمَ الأَوْلِيَاءُ) يَعْنِي عَلى الوَجْهِ المَذْكُورِ (فَالوِلايَةُ إِلى الإِمَامِ وَالحَاكِمِ لقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**السُّلطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لهُ**») أَمَّا الحَاكِمُ وَهُوَ القَاضِي فَإِنَّمَا يَمْلكُ الإِنْكَاحَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي عَهْدِهِ وَمَنْشُورِهِ، كَذَا فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ.

(وَإِذَا غَابَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ لمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ أَن يُزَوِّجَ) وَقَال زُفَرُ: لا يَجُوزُ لأَنَّ وِلايَةَ الأَقْرَبِ قَائِمَةٌ لأَنَّهَا ثَبَتَت حَقًّا لهُ صِيَانَةً للقَرَابَةِ فَلا تَبطُلُ بِغَيبَتِهِ، وَلهَذَا لو زَوَّجَهَا حَيثُ هُوَ جَازَ، وَلا وِلايَةَ للأَبعَدِ مَعَ وِلايَتِهِ. وَلنَا أَنَّ هَذِهِ وِلايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَليسَ مِنَ النَّظَرِ التَّفوِيضُ إِلى مَن لا يُنتَفَعُ بِرَأيِهِ فَفَوَّضنَاهُ إِلى الأَبعَدِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلى

(١) سبق تخريجه.

السُّلطَانِ كمَا إذَا مَاتَ الأقربُ، ولو زَوَّجهَا حيثُ هُوَ فِيهِ مُنِعَ وَبعدَ التَّسليمِ نَقُولُ للأَبعَدِ بُعدُ القَرَابَةِ وَقُربُ التَّدبِيرِ وَللأَقرَبِ عكسُهُ فنَزَلا منزلةَ وَليَّينِ مُتَسَاوِيَينِ فَأَيُّهُمَا عقدَ نَفَذَ وَلا يُرَدُّ.

(وَالغَيبَةُ المُنقَطِعَةُ أَن يَكُونَ فِي بَلَدٍ لا تَصِلُ إليهَا القَوَافِلُ فِي السَّنَةِ إلا مَرَّةً وَاحِدَةً) وَهُوَ اختِيَارُ القُدُورِيِّ. وَقِيل أَدنَى مُدَّةِ السَّفَرِ لأَنَّهُ لا نِهَايَةَ لأَقصَاهُ وَهُوَ اختِيَارُ بَعضِ المُتَأَخِّرِينَ. وَقِيل: إذَا كَانَ بِحَالٍ يَفُوتُ الكُفءُ الخَاطِبُ بِاستِطلاعِ رَأيِهِ، وَهَذَا أَقرَبُ إلى الفِقهِ لأَنَّهُ لا نَظَرَ فِي إبقَاءِ وِلايَتِهِ حِينَئِذٍ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا غَابَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ) يَعْنِي كَالأَبِ (غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ لِمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ) كَالجَدِّ أَنْ يُزَوِّجَ. (وَقَال زُفَرُ: لَيْسَ لهُ ذَلِكَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُزَوِّجُ السُّلْطَانُ. لِزُفَرَ أَنَّ وِلايَةَ الأَقْرَبِ قَائِمَةٌ لأَنَّهَا ثَبَتَتْ حَقًّا لهُ صِيَانَةً للقَرَابَةِ عَنْ نِسْبَةِ غَيْرِ الكُفْءِ إلَيْهَا، وَالحَقُّ القَائِمُ بِشَخْصٍ لا يَبْطُلُ بِغَيْبَتِهِ (وَلِهَذَا لوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ جَازَ) بِالاتِّفَاقِ، وَإِذَا كَانَتْ وِلايَةُ الأَقْرَبِ فِي غَيْبَتِهِ قَائِمَةً لا يَكُونُ للأَبْعَدِ وِلايَةٌ.

(وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ وِلايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنْ النَّظَرِ التَّفْوِيضُ إلى مَنْ لا يُنْتَفَعُ بِرَأْيِهِ) وَكِلتَا المُقَدِّمَتَيْنِ ظَاهِرَةٌ (فَفَوَّضْنَاهُ) أَيْ النَّظَرَ (إلى الأَبْعَدِ) وَقَوْلُهُ (وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلى السُّلطَانِ) إشَارَةٌ إلى جَوَابِ الشَّافِعِيِّ (كَمَا إذَا مَاتَ الأَقْرَبُ) فَإِنَّ الوِلايَةَ لمْ تَنْتَقِل إلى السُّلطَانِ بِمَوْتِ الأَقْرَبِ فَكَذَا بِغَيْبَتِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ فِيهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرَ وَلِهَذَا لوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ جَازَ بِالمَنْعِ: يَعْنِي لا نُسَلِّمُ جَوَازَهُ (وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ للأَبْعَدِ بُعْدُ القَرَابَةِ وَقُرْبُ التَّدْبِيرِ وَللأَقْرَبِ عَكْسُهُ فَنُزِّلا مَنْزِلةَ وَلِيَّيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ فَأَيُّهُمَا عَقَدَ نَفَذَ وَلا يُرَدُّ) يَعْنِي إذَا حَضَرَ الأَقْرَبُ وَقَدْ زَوَّجَ الأَبْعَدُ لا يُرَدُّ النِّكَاحُ، ثُمَّ فَسَّرَ الغَيْبَةَ المُنْقَطِعَةَ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ) مِنْهُمْ القَاضِي الإِمَامُ عَلِيٌّ السُّغْدِيُّ وَالقَاضِي الإِمَامُ أَبُو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ وَسُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَأَبِي عِصْمَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ المَرْوَزِيِّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لا نَظَرَ فِي إبْقَاءِ وِلايَتِهِ حِينَئِذٍ) يَعْنِي لِعَدَمِ الانْتِفَاعِ بِهِ، وَعَنْ هَذَا قَال الإِمَامُ قَاضِي خَانْ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ. حَتَّى لوْ كَانَ مُخْتَفِيًا فِي البَلدَةِ

لا يُوقَفُ عَلَيْه تَكُونُ غَيْبَتُهُ مُنْقَطِعَةً.

(وَإِذَا اجتَمَعَ فِي المَجنُونَةِ أَبُوهَا وَابنُهَا فَالوَلِيُّ فِي نِكَاحِهَا ابنُهَا فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ أَبُوهَا) لأَنَّهُ أَوفَرُ شَفَقَةً مِن الابنِ. وَلَهُمَا أَنَّ الابنَ هُوَ المُقَدَّمُ فِي العُصُوبَةِ، وَهَذِهِ الوِلايَةُ مَبنِيَّةٌ عَلَيهَا وَلا مُعتَبَرَ بِزِيَادَةِ الشَّفَقَةِ كَأَبِي الأُمِّ مَعَ بَعضِ العَصَبَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ أَوْفَرُ شَفَقَةً مِنْ الابْنِ) بِدَلِيل أَنَّ وِلايَةَ الأَبِ تَعُمُّ النَّفْسَ وَالمَالَ، وَالابْنُ لَيْسَ لهُ الوِلايَةُ فِي المَال (وَلَهُمَا أَنَّ الابْنَ هُوَ المُقَدَّمُ فِي العُصُوبَةِ) أَلا تَرَى أَنَّ الأَبَ مَعَهُ يَسْتَحِقُّ السُّدُسَ بِالفَرْضِيَّةِ فَقَطْ. وَقَوْلُهُ (وَلا مُعْتَبَرَ بِزِيَادَةِ الشَّفَقَةِ) جَوَابُ مُحَمَّدٍ.

فصل في الكفاءة

(الكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ مُعتَبَرَةٌ) قَالَ ﷺ «أَلا لا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلا الأَولِيَاءُ، وَلا يُزَوَّجنَ إِلا مِن الأَكفَاءِ»[1] وَلأَنَّ انتِظَامَ المَصَالِحِ بَينَ المُتَكَافِئَينِ عَادَةً، لأَنَّ الشَّرِيفَةَ تَأبَى أَن تَكُونَ مُستَفرَشَةً لِلخَسِيسِ فَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِهَا، بِخِلافِ جَانِبِهَا؛ لأَنَّ الزَّوجَ مُستَفرِشٌ فَلا تَغِيظُهُ دَنَاءَةُ الفِرَاشِ

الشرح:

(**فَصلٌ فِي الكَفَاءَةِ**): لَمَّا كَانَتْ الكَفَاءَةُ مُعْتَبَرَةً عَلى مَا تَقَدَّمَ، أَنَّ عَدَمَهَا يَمْنَعُ الجَوَازَ أَوْ يُمَكِّنُ الأَوْلِيَاءَ مِنْ الفَسْخِ احْتَاجَ إلى أَنْ يَذْكُرَهَا فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ، وَالكَفَاءَةُ بِالفَتْحِ مَصْدَرٌ وَالاسْمُ مِنْهُ الكُفءُ وَهُوَ النَّظِيرُ مِنْ كَافَأَهُ إِذَا سَاوَاهُ فَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ قَالَ ﷺ «**أَلا لا يُزَوِّجُ النِّسَاءُ إلا الأَوْلِيَاءُ، وَلا يُزَوَّجْنَ إلا مِنْ الأَكْفَاءِ**» رَوَاهُ جَابِرٌ وَلأَنَّ انْتِظَامَ المَصَالِحِ بَيْنَ المُتَكَافِئَيْنِ عَادَةٌ) وَالنِّكَاحُ شُرِعَ لانْتِظَامِهَا وَلا تَنْتَظِمُ بَيْنَ غَيْرِ المُتَكَافِئَيْنِ (لأَنَّ الشَّرِيفَةَ تَأْبَى أَنْ تَكُونَ مُسْتَفْرَشَةً لِلخَسِيسِ فَلا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهَا) مِنْ جَانِبِه بِخِلافِ جَانِبِهَا لأَنَّهُ مُسْتَفْرِشٌ فَلا يَغِيظُهُ دَنَاءَةُ الفِرَاشِ.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٢١٥) وقال: هذا حديث ضعيف بمرة، والدارقطني (٣/٢٤٤) وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، وانظر نصب الراية (٣/٢٤٨).

(وَإِذَا زَوَّجَت المَرأَةُ نَفسَهَا مِن غَيرِ كُفءٍ فَللأَولِيَاءِ أَن يُفَرِّقُوا بَينَهُمَا) دَفعًا لضَرَرِ العَارِ عَن أَنفُسِهِم.

الشرح:

وَإِذَا زَوَّجَتْ المَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ فَللأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا دَفْعًا لضَرَرِ العَارِ عَنْ أَنْفُسِهِمْ) يَعْنِي مَا لَمْ تَلدْ مِنْهُ كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: الحَدِيثُ يَدُلُّ عَلى عَدَمِ الجَوَازِ، فَفِي القَوْلِ بالجَوَازِ بِدُونِهَا وَحَقِّ الاعْتِرَاضِ مُخَالَفَةٌ لهُ. قُلت: جَازَ أَنْ يَكُونَ نَهْيًا وَهُوَ يَقْتَضِي المَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا.

(ثُمَّ الكَفَاءَةُ تُعتَبَرُ فِي النَّسَبِ)؛ لأَنَّهُ يَقَعُ بِهِ التَّفَاخُرُ (فَقُرَيشٌ بَعضُهُم أَكفَاءٌ لبَعضٍ، وَالعَرَبُ بَعضُهُم أَكفَاءٌ لبَعضٍ) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «قُرَيشٌ بَعضُهُم أَكفَاءٌ لبَعضٍ بَطنٌ بِبَطنٍ، وَالعَرَبُ بَعضُهُم أَكفَاءٌ لبَعضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ، وَالمَوَالي بَعضُهُم أَكفَاءٌ لبَعضٍ رَجُلٌ بِرَجُلٍ»[1] وَلا يُعتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا بَينَ قُرَيشٍ لمَا رَوَينَا. وَعَن مُحَمَّدٍ كَذَلكَ إلا أَن يَكُونَ نَسَبًا مَشهُورًا كَأَهل بَيتِ الخِلافَةِ، كَأَنَّهُ قَال تَعظِيمًا للخِلافَةِ وَتَسكِينًا للفِتنَةِ. وَبَنُو بَاهِلَةَ لَيسُوا بِأَكفَاءَ لعَامَّةِ العَرَبِ؛ لأَنَّهُم مَعرُوفُونَ بِالخَسَاسَةِ.

الشرح:

(ثُمَّ الكَفَاءَةُ) عِنْدَنَا (تُعْتَبَرُ فِي) خَمْسَةِ أَشْيَاءَ (النَّسَبِ) وَالحُرِّيَّةِ، وَالدِّينِ، وَالمَالِ، وَالصَّنَائِعِ أَمَّا النَّسَبُ فَلأَنَّهُ يَقَعُ بِهِ التَّفَاخُرُ، وَكَانَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ يَقُولُ: لا تُعْتَبَرُ الكَفَاءَةُ فِيه لأَنَّ النَّاسَ سَوَاسِيَةٌ بالحَدِيث، قَال ﷺ «**النَّاسُ سَوَاسِيَةٌ كَأَسْنَانِ المُشْط، لا فَضْل لعَرَبِيٍّ عَلى عَجَمِيٍّ، إنَّمَا الفَضْلُ بالتَّقْوَى**» وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلكَ بِقَوْله تَعَالى ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [الحجرات:١٣] وَلنَا قَوْلُهُ ﷺ «**قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لبَعْضٍ بَطْنٌ بِبَطْنٍ وَالعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَة، وَالمَوَالي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لبَعْضٍ رَجُلٌ بِرَجُلٍ**» وَالمُرَادُ بِالمَوَالي العُتَقَاءُ لمَّا كَانَتْ غَيْرَ عَرَبٍ فِي الأَكْثَرِ غُلِّبَتْ عَلى العَجَمِ حَتَّى

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٧/٧) عن ابن عمر دون قوله: «قريش بعضهم أكفاء لبعض، بطن ببطن»، وقال الزيلعي في نصب الراية (٢٤٩/٣): قال صاحب التنقيح: هذا منقطع، إذ لم يسم شجاع بن الوليد بعض أصحابه.

قَالُوا المَوَالي بَعْضُهَا أَكْفَاءٌ لبَعْضٍ وَالعَرَبُ بَعْضُهَا أَكْفَاءٌ لبَعْضٍ.

(وَلا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا بَيْنَ قُرَيْشٍ لِمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ قَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لبَعْضٍ**» قَابَل البَعْضَ بِالبَعْضِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الفَضِيلَة بَيْنَ قَبَائلهِمْ؛ أَلا يَرَى «أَنَّ النَّبيَّ ﷺ زَوَّجَ ابْنَتَهُ رُقَيَّةَ مِنْ عُثْمَانَ وَكَانَ مِنْ بَنِي عَبْد شَمْسٍ»، وَإِنَّمَا قَال فِي المَوَالي رَجُلٌ بِرَجُلٍ إشَارَةً إلى أَنَّ النَّسَبَ لا يُعْتَبَرُ فِيهِمْ قِيل لأَنَّهُمْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ فَلا يَكُونُ التَّفَاخُرُ فِيهِمْ بِالنَّسَبِ بَل بِالدِّينِ كَمَا أَشَارَ إِلَيْه سَلمَانُ حِينَ افْتَخَرَتْ الصَّحَابَةُ بِالأَنْسَاب وَانْتَهَى الأَمْرُ إِلَيْه: أَبِي الإِسْلامُ لا أَبَ لِي سِوَاهُ.

قَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّد كَذَلكَ إلا أَنْ يَكُونَ) يَعْنِي قَال مُحَمَّدٌ: لا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا بَيْنَ قُرَيْشٍ (إلا أَنْ يَكُونَ) النَّسَبُ (نَسَبًا مَشْهُورًا) فِي الحُرْمَة (كَأَهْل بَيْت الخلافَة) فَحِينَئذٍ يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ، حَتَّى لوْ تَزَوَّجَتْ قُرَشِيَّةٌ مِنْ أَوْلادِ الخُلفَاءِ قُرَشِيًّا لَيْسَ مِنْ أَوْلادِهِمْ كَانَ للأَوْلِيَاء حَقُّ الاعْتِرَاضِ.

قَال المُصَنِّفُ (كَأَنَّهُ) يَعْنِي مُحَمَّدًا (قَال ذَلكَ تَعْظِيمًا للخِلافَة وَتَسْكِينًا للفِتْنَة) لا لانْعِدَامِ أَصْل الكَفَاءَة.

وَقَوْلُهُ (وَبَنُو بَاهلَةَ) بَنُو بَاهلَة قَبِيلَةٌ مِنْ قَيْسِ عَيْلانَ وَهِيَ فِي الأَصْل اسْمُ امْرَأَةٍ مِنْ هَمْدَانَ كَانَتْ تَحْتَ مَعْنِ بْنِ أَعْصَرَ بْنِ سَعْد بْنِ قَيْسِ عَيْلانَ فَنسبَ وَلدُهَا إِلَيْهَا، وَالعَرَبُ هُمْ الَّذينَ اسْتَوْطَنُوا المُدُنَ وَالقُرَى، وَالوَاحدُ عَرَبِيٌّ، وَالأَعْرَابِيُّ وَاحدُ الأَعْرَاب وَهُمْ أَهْلُ البَدْوِ (وَبَنُو بَاهلةَ لَيْسُوا بأَكْفَاء لعَامَّة العَرَب لأَنَّهُمْ مَعْرُوفُونَ بالخَسَاسَة) لأَنَّهُمْ كَانُوا يَأْكُلُونَ بَقِيَّةَ الطَّعَامِ مَرَّةً ثَانيَةً، وَلأَنَّهُمْ كَانُوا يَطْبُخُونَ عِظَامَ المَيْتَة وَيَأْخُذُونَ الدُّسُومَات منْهَا. قَال قَائلُهُمْ:

وَلا يَنْفَعُ الأَصْلُ مِنْ هَاشِمٍ ... إذَا كَانَتْ النَّفْسُ مِنْ بَاهِلَهْ

(وَأَمَّا المَوَالي فَمَن كَانَ لهُ أَبَوَانِ فِي الإِسلامِ فَصَاعِدًا فَهُوَ مِن الأَكفَاءِ) يَعنِي لمَن لهُ آبَاءٌ فِيهِ. وَمَن أَسلمَ بِنَفسِهِ أَو لهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الإِسلامِ لا يَكُونُ كُفئًا لمَن لهُ أَبَوَانِ فِي الإِسلامِ؛ لأَنَّ تَمَامَ النَّسَبِ بِالأَبِ وَالجَدِّ، وَأَبُو يُوسُفَ أَلحَقَ الوَاحِدَ بِالمُثَنَّى كَمَا هُوَ مَذهَبُهُ فِي التَّعرِيفِ. وَمَن أَسلمَ بِنَفسِهِ لا يَكُونُ كُفئًا لمَن لهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الإِسلامِ؛ لأَنَّ التَّفَاخُرَ فِيمَا بَينَ المَوَالي بِالإِسلامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا المَوَالِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِي التَّعْرِيفِ) أَيْ فِي تَعْرِيفِ الشَّخْصِ فِي الشَّهَادَةِ، فَإِنَّ الشُّهُودَ إِذَا ذَكَرُوا اسْمَ الغَائِبِ وَاسْمَ أَبِيهِ يَحْصُلُ بِهِ التَّعْرِيفُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَلا حَاجَةَ إِلى ذِكْرِ الجَدِّ، وَعِنْدَهُمَا لا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الجَدِّ. وَقَوْلُهُ وَمَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ لا يَكُونُ كُفْئًا لِمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الإِسْلامِ) نُقِل فِي النِّهَايَةِ عَنْ الإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ أَنَّ هَذَا فِي المَوَالِي، وَأَمَّا فِي العَرَبِ فَمَنْ لا أَبَ لَهُ فِي الإِسْلامِ مِنْ العَرَبِ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَهُوَ كُفْءٌ لِمَنْ لَهُ آبَاءٌ فِي الإِسْلامِ لأَنَّ العَرَبَ يَتَفَاخَرُونَ بِالنَّسَبِ فَيَعُدُّونَ النَّسَبَ كُفْئًا لِنَسَبٍ آخَرَ إِذَا كَانَا مُسْلِمَيْنِ، وَأَمَّا العَجَمُ فَقَدْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ، وَمُفَاخَرَتَهُمْ بِالإِسْلامِ، فَمَنْ كَانَ لَهُ أَبٌ فِي الإِسْلامِ يَفْتَخِرُ عَلَى مَنْ لا أَبَ لَهُ فِيهِ وَلا يَعُدُّهُ كُفْئًا لَهُ.

وَالكَفَاءَةُ فِي الحُرِّيَّةِ نَظِيرُهَا فِي الإِسلامِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا؛ لأَنَّ الرِّقَّ أَثَرُ الكُفرِ وَفِيهِ مَعنَى الذُّلِّ فَيُعتَبَرُ فِي حُكمِ الكَفَاءَةِ.

الشرح:

(وَالكَفَاءَةُ فِي الحُرِّيَّةِ نَظِيرُهَا) أَيْ نَظِيرُ الكَفَاءَةِ (فِي الإِسْلامِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) مِنْ الوِفَاقِ وَالخِلافِ فَإِنَّ العَبْدَ لا يَكُونُ كُفْئًا لِمَنْ هِيَ حُرَّةُ الأَصْلِ، وَكَذَلِكَ المُعْتَقُ لا يَكُونُ كُفْئًا لَهَا وَالمُعْتَقُ أَبُوهُ لا يَكُونُ كُفْئًا لِمَنْ لَهَا أَبَوَانِ فِي الحُرِّيَّةِ (لأَنَّ الرِّقَّ أَثَرُ الكُفْرِ وَفِيهِ مَعْنَى الذُّلِّ فَيُعْتَبَرُ فِي حُكْمِ الكَفَاءَةِ) بِسَبَبِهِ وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الَّذِي أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ أَوْ أُعْتِقَ إِذَا أَحْرَزَ مِنْ الفَضَائِلِ مَا يُقَابِلُ نَسَبَ الآخَرِ كَانَ كُفْئًا لَهُ.

قَالَ (وَتُعتَبَرُ أَيضًا فِي الدِّينِ) أَي الدِّيَانَةِ، وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّهُ مِن أَعلَى المَفَاخِرِ، وَالمَرأَةُ تُعَيَّرُ بِفِسقِ الزَّوجِ فَوقَ مَا تُعَيَّرُ بِضَعَةِ نَسَبِهِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا تُعتَبَرُ؛ لأَنَّهُ مِن أُمُورِ الآخِرَةِ فَلا تُبتَنَى عَلَيهِ أَحكَامُ الدُّنيَا إِلا إِذَا كَانَ يُصفَعُ وَيُسخَرُ مِنهُ أَو يَخرُجُ إِلى الأَسوَاقِ سَكرَانَ وَيَلعَبُ بِهِ الصِّبيَانُ؛ لأَنَّهُ مُستَخَفٌّ بِهِ.

الشرح:

قَال (وَتُعْتَبَرُ أَيْضًا فِي الدِّينِ) أَيْ وَتُعْتَبَرُ أَيْضًا الكَفَاءَةُ فِي الدِّينِ (أَيْ فِي الدِّيَانَةِ)

وَهِيَ التَّقْوَى وَالصَّلاحُ وَالحَسَبُ وَهُوَ مَكَارِمُ الأَخْلاقِ، وَإِنَّمَا فُسِّرَ الدِّينُ بالدِّيَانَة لأَنَّ مُطْلَقَ الدِّينِ هُوَ الإِسْلامُ، وَلا كَلامَ فِيهِ لأَنَّ إِسْلامَ الزَّوْجِ شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ المُسْلِمَة، وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي حَقِّ الاعْتِرَاضِ للأَوْلِيَاءِ بَعْدَ انْعِقَادِ العَقْدِ وَذَلِكَ لا يَكُونُ إلا فِي الدِّينِ بِمَعْنَى الدِّيَانَة (وَهَذَا) أَيْ اعْتِبَارُ الكَفَاءَةِ فِي الدِّيَانَة.

(قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لأَنَّهُ) أَيْ الدِّينَ بِمَعْنَى الدِّيَانَة (مِنْ أَعْلَى المَفَاخِرِ وَالمَرْأَةُ تُعَيَّرُ بِفِسْقِ الزَّوْجِ فَوْقَ مَا تُعَيَّرُ بِضِعَةِ النَّسَبِ) فَلَمَّا كَانَ النَّسَبُ مُعْتَبَرًا فِيهَا كَانَتْ الدِّيَانَةُ أَوْلَى بِالاعْتِبَارِ.

وَقَوْلُهُ: (وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ هُوَ الصَّحِيحُ) أَيْ قِرَانُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى تَكُونُ الكَفَاءَةُ فِي الدِّينِ قَوْلُهُمَا جَمِيعًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَاحْتُرِزَ بِذَلِكَ عَنْ رِوَايَةٍ أُخْرَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبِرْ الكَفَاءَةَ فِي الدِّينِ حَيْثُ قَال إِذَا كَانَ الفَاسِقُ ذَا مُرُوءَةٍ يَكُونُ كُفْئًا، وَقَال فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَرَادَ بِهِ أَعْوَانَ السُّلْطَانِ إِذَا كَانُوا بِحَيْثُ يَكُونُ لَهُمْ مَهَابَةٌ عِنْدَ النَّاسِ.

(وَقَال مُحَمَّدٌ لا تُعْتَبَرُ) الكَفَاءَةُ فِي الدِّيَانَة (لأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الآخِرَة، فَلا تُبْتَنَى عَلَيْه أَحْكَامُ الدُّنْيَا إلا إِذَا كَانَ يُصْفَعُ) أَيْ يُضْرَبُ عَلَى قَفَاهُ بِعَرْضِ الكَفِّ (وَيُسْخَرُ مِنْهُ أَوْ يَخْرُجُ إِلَى الأَسْوَاقِ سَكْرَانَ فَيَلْعَبُ بِهِ الصِّبْيَانُ) فَإِنَّهُ لا يَكُونُ حِينَئِذٍ كُفْئًا لامْرَأَةٍ صَالِحَة مِنْ أَهْلِ البُيُوتَاتِ قِيل وَعَلَيْهِ الفَتْوَى (لأَنَّهُ مُسْتَخَفٌّ بِهِ) أَيْ بِذَلِكَ الصَّفْعِ

قَال (وَ) تُعتَبَرُ (فِي المَال وَهُوَ أَن يَكُونَ مَالكًا للمَهرِ وَالنَّفَقَة) وَهَذَا هُوَ المُعتَبَرُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة، حَتَّى إنَّ مَن لا يَملكُهُمَا أَو لا يَملكُ أَحَدَهُمَا لا يَكُونُ كُفئًا؛ لأَنَّ المَهرَ بَدَلُ البُضعِ فَلا بُدَّ مِن إِيفَائِهِ وَبِالنَّفَقَة قِوَامُ الازدِوَاجِ وَدَوَامُهُ. وَالمُرَادُ بِالمَهرِ قَدرُ مَا تَعَارَفُوا تَعجِيلَهُ؛ لأَنَّ مَا وَرَاءَهُ مُؤَجَّلٌ عُرفًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اعتَبَرَ القُدرَةَ عَلَى النَّفَقَة دُونَ المَهرِ؛ لأَنَّهُ تَجرِي المُسَاهَلَة فِي المَهرِ وَيُعَدُّ المَرءُ قَادِرًا عَلَيهِ بِيَسَارِ أَبِيهِ.

الشرح:

(وَتُعْتَبَرُ الكَفَاءَةُ فِي المَال وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَالكًا للمَهْرِ وَالنَّفَقَة وَهَذَا هُوَ المُعْتَبَرُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة) عَنْ عُلَمَائِنَا (حَتَّى إِنَّ مَنْ لا يَمْلكُهُمَا أَوْ لا يَمْلكُ أَحَدَهُمَا لا يَكُونُ كُفْئًا) أَمَّا المَهْرُ فَلأَنَّهُ بَدَلُ البُضْعِ فَلا بُدَّ مِنْ إِيفَائِه، وَأَمَّا النَّفَقَةُ فَلأَنَّ قِوَامَ الازْدِوَاجِ

وَدَوَامَهُ بِهَا (وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ قَدْرُ مَا تَعَارَفُوا تَعْجِيلَهُ لأَنَّ مَا وَرَاءَهُ مُؤَجَّلٌ عُرْفًا) لَيْسَ بِمُطَالَبٍ بِهِ فَلا يُسْقِطُ الْكَفَاءَةَ. وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ) هُوَ غَيْرُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. رَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: الْكُفْءُ هُوَ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ. قُلت: فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ الْمَهْرَ دُونَ النَّفَقَةِ، قَالَ: لَيْسَ بِكُفْءٍ قُلت: فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ النَّفَقَةَ دُونَ الْمَهْرِ، قَالَ: يَكُونُ كُفْئًا. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي تَعْلِيلِهِ: لأَنَّ الْمَهْرَ يَجْرِي فِيهِ التَّسْهِيلُ وَالتَّأْجِيلُ وَيُعَدُّ قَادِرًا عَلَى الْمَهْرِ بِيَسَارِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَجَدِّهِ وَجَدَّتِهِ، وَلا يُعَدُّ قَادِرًا عَلَى النَّفَقَةِ بِيَسَارِ الأَبِ لأَنَّ الآبَاءَ فِي الْعَادَاتِ يَتَحَمَّلُونَ الْمُهُورَ عَنْ الأَوْلادِ دُونَ النَّفَقَةِ الدَّائِرَةِ.

فَأَمَّا الكَفَاءَةُ فِي الغِنَى فَمُعتَبَرَةٌ فِي قَول أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ حَتَّى إنَّ الفَائِقَةَ فِي اليَسَارِ لا يُكَافِئُهَا القَادِرُ عَلَى المَهرِ وَالنَّفَقَةِ؛ لأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاخَرُونَ بِالغِنَى وَيَتَعَيَّرُونَ بِالفقرِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يُعتَبَرُ؛ لأَنَّهُ لا ثَبَاتَ لَهُ إذ المَالُ غَادٍ وَرَائِحٌ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا الْكَفَاءَةُ فِي الْغِنَى فَمُعْتَبَرَةٌ) ظَاهِرٌ.

(وَ) تُعتَبَرُ (فِي الصَّنَائِعِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلكَ رِوَايَتَانِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا تُعتَبَرُ إلا أَن تَفحُشَ كَالحَجَّامِ وَالحَائِكِ وَالدَّبَّاغِ. وَجهُ الاعتِبَارِ أَنَّ النَّاسَ يَتَفَاخَرُونَ بِشَرَفِ الحِرَفِ وَيَتَعَيَّرُونَ بِدَنَاءَتِهَا. وَجهُ القَولِ الآخَرِ أَنَّ الحِرفَةَ لَيسَت بِلازِمَةٍ، وَيُمكِنُ التَّحَوُّلُ عَن الخَسِيسَةِ إلى النَّفِيسَةِ مِنهَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ) فِي رِوَايَةٍ لا تُعْتَبَرُ وَهُوَ الظَّاهِرُ حَتَّى يَكُونَ الْبَيْطَارُ كُفْئًا لِلْعَطَّارِ. وَفِي رِوَايَةٍ قَالَ: الْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ إلا الْحَائِكَ وَالْحَجَّامَ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا تُعْتَبَرُ إلا أَنْ تَفْحُشَ كَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَالدَّبَّاغِ) وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجَت المَرأَةُ وَنَقَصَت عَن مَهرِ مِثلِهَا فَلِلأَولِيَاءِ الاعتِرَاضُ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهرَ مِثلِهَا أَو يُفَارِقَهَا) وَقَالا: لَيسَ لَهُم ذَلكَ. وَهَذَا الوَضعُ إنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَولِ مُحَمَّدٍ عَلَى اعتِبَارِ قَولِهِ المَرجُوعِ إلَيهِ فِي النِّكَاحِ بِغَيرِ الوَلِيِّ، وَقَد صَحَّ ذَلكَ

وَهَذِهِ شَهَادَةٌ صَادِقَةٌ عَلَيه. لهُمَا أنَّ مَا زَادَ عَلَى العَشَرَةِ حقُّهَا وَمَن أسقَطَ حَقَّهُ لا يُعتَرَضُ عَلَيهِ كَمَا بَعدَ التَّسمِيَةِ. وَلأبِي حَنِيفَةَ أنَّ الأولِيَاءَ يَفتَخِرُونَ بِغَلاءِ المَهرِ وَيَتَعَيَّرُونَ بِنُقصَانِهِ فَأَشبَهَ الكَفَاءَةَ، بِخِلافِ الإبرَاءِ بَعدَ التَّسمِيَةِ؛ لأنَّهُ لا يُتَعَيَّرُ بِهِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا تَزَوَّجَتْ المَرْأَةُ وَنَقَصَتْ عَنْ مَهْرِ مِثْلِهَا) إِذَا تَزَوَّجَتْ المَرْأَةُ وَنَقَصَتْ عَنْ مَهْرِ مِثْلِهَا (فَللأَوْلِيَاءِ الاعْتِرَاضُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا أَوْ يُفَارِقَهَا وَقَالا لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ) قَال المُصَنِّفُ (وَهَذَا الوَضْعُ) أَيْ وَضْعُ القُدُورِيِّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ (إِنَّمَا يَصِحُّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ عَلَى اعْتِبَارِ قَوْلِهِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ الوَلِيِّ وَقَدْ صَحَّ ذَلِكَ، وَهَذِهِ شَهَادَةٌ صَادِقَةٌ عَلَيْهِ) فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا بِغَيْرِ الوَلِيِّ لَمْ يَقُل لَيْسَ لَهُمْ الاعْتِرَاضُ.

وَأَقُولُ: هَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ أَنْ لَوْ تَعَيَّنَ هَذَا الوَضْعُ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لَوْ أَذِنَ لَهَا الوَلِيُّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يُسَمِّ مَهْرًا فَعَقَدَتْ عَلَى هَذَا الوَجْهِ صَحَّ وَضْعُ المَسْأَلَةِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ الأَوَّلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَكْرَهَ السُّلْطَانُ امْرَأَةً وَوَلِيَّهَا عَلَى تَزْوِيجِهَا بِمَهْرٍ قَلِيلٍ فَفَعَل ثُمَّ زَال الإِكْرَاهُ وَرَضِيَتْ المَرْأَةُ دُونَ الوَلِيِّ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الأَوَّلِ فَلَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الوَضْعِ دَلالَةٌ عَلَى رُجُوعِ مُحَمَّدٍ إِلَى قَوْلِهِمَا، وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ الكَفَاءَةَ) يَعْنِي فِي تَعَيُّرِ الأَوْلِيَاءِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الشَّرْعَ قَدْ نَدَبَنَا إِلَى رُخَصِ الصَّدَاقِ دُونَ تَرْكِ الكَفَاءَةِ، وَكَذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ لَمْ يَضَعْ بَنَاتِهِ فِي غَيْرِ الأَكْفَاءِ وَزَوَّجَهُنَّ بِأَدْنَى الصَّدَاقِ، فَإِنَّهُ مَا زَادَ عَلَى أَرْبَعِ أَوَاقٍ وَنَشٍّ: أَيْ نِصْفِ أُوقِيَّةٍ، وَمُهُورُهُنَّ كَانَتْ فَوْقَ مُهُورِ سَائِرِ النِّسَاءِ لأَنَّ الزِّيَادَةَ بِقَدْرِ الشَّرَفِ، وَلَمْ يَزَل الشَّرَفُ كَانَ بِقُرَيْشٍ فَلا مُشَابَهَةَ بَيْنَهُمَا.

وَالجَوَابُ بِأَنَّ وَجْهَ الشَّبَهِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ تَعَيُّرِ الأَوْلِيَاءِ، وَهُوَ وَصْفٌ مُؤَثِّرٌ فِي البَابِ، وَأَمَّا أَنْ لا يَكُونَ بَيْنَ المُشَبَّهِ وَالمُشَبَّهِ بِهِ فَرْقٌ بِوَجْهٍ مِنْ الوُجُوهِ فَلَمْ يَشْتَرِطْهُ أَحَدٌ مِنْ ذَوِي التَّحْصِيلِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الإِبْرَاءِ بَعْدَ التَّسْمِيَةِ) جَوَابُ قَوْلِهِمَا كَمَا بَعْدَ التَّسْمِيَةِ، وَذَلِكَ لأَنَّ الأَوْلِيَاءَ لا يَشْتَغِلُونَ بِاسْتِيفَاءِ المُهُورِ عَادَةً وَرُبَّمَا يَعُدُّونَهُ ضَرْبًا مِنْ

اللُّؤْمِ فِي العَادَاتِ.

(وَإِذَا زَوَّجَ الأَبُ بِنتَه الصَّغِيرَةَ وَنَقَصَ مِن مَهرِهَا أَو ابنَهُ الصَّغِيرَ وَزَادَ فِي مَهرِ امرَأَتِهِ جَازَ ذَلكَ عَليهِمَا، وَلا يَجُوزُ ذَلكَ لغَيرِ الأَبِ وَالجَدِّ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَجُوزُ الحَطُّ وَالزِّيَادَةُ إلا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ) وَمَعنَى هَذَا الكَلامِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ العَقدُ عِندَهُمَا؛ لأَنَّ الوِلايَةَ مُقَيَّدَةٌ بِشَرطِ النَّظَرِ فَعِندَ فَوَاتِهِ يَبطُلُ العَقدُ، وَهَذَا لأَنَّ الحَطَّ عَن مَهرِ المِثل لَيسَ مِنَ النَّظَرِ فِي شَيءٍ كَمَا فِي البَيعِ، وَلِهَذَا لا يَملكُ ذَلكَ غَيرُهُمَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلى دَليل النَّظَرِ وَهُوَ قُربُ القَرَابَةِ، وَفِي النِّكَاحِ مَقَاصِدُ تَربُو عَلى المَهرِ. أَمَّا المَاليَّةُ فَهِيَ المَقصُودُ فِي التَّصَرُّفِ المَاليِّ وَالدَّليلُ عَدِمنَاهُ فِي حَقِّ غَيرِهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا زَوَّجَ الأَبُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى هَذَا الكَلامِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ العَقْدُ) بَيَانُهُ أَنَّ هَذَا الكَلامَ وَهُوَ قَوْلُهُ " وَقَالا لا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا الحَطُّ وَالزِّيَادَةُ إلا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ " بِظَاهِرِهِ يَدُلُّ عَلى أَنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ وَالزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ لا يَجُوزُ لأَنَّ المَانِعَ مِنْ قِبَلِ التَّسْمِيَةِ وَفَسَادِهَا لا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ كَمَا لوْ تَرَكَهَا أَصْلا أَوْ زَوَّجَهَا عَلى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا.

وَقَال آخَرُونَ: مَعْنَاهُ أَنَّ نَفْسَ النِّكَاحِ لا يَجُوزُ، وَهُوَ مُخْتَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ وَفَخْرِ الإِسْلامِ وَالمُصَنِّفِ (لأَنَّ الوِلايَةَ مُقَيَّدَةٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ) وَلا نَظَرَ فِيمَا إذَا حَطَّ عَنْ مَهْرِهَا أَوْ زَادَ عَنْ مَهْرِهِ فَيَكُونُ العَقْدُ بَاطِلا كَمَا إذَا بَاعَ الأَبُ بِأَقَلَّ مِنْ القِيمَةِ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ أَوْ اشْتَرَى بِأَكْثَرَ مِنْهَا بِذَلِكَ (وَلِهَذَا لا يَمْلكُ ذَلكَ غَيْرُهُمَا، وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلى دَليل النَّظَرِ) تَقْرِيرُهُ: النَّظَرُ وَالضَّرَرُ فِي هَذَا العَقْدِ بَاطِنَانِ، لكِنْ للنَّظَرِ دَليلٌ يَدُلُّ عَليْهِ (وَهُوَ قُرْبُ القَرَابَةِ) الدَّاعِيَةِ إليْهِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ هَهُنَا فَيَتَرَتَّبُ الحُكْمُ وَهُوَ جَوَازُ النِّكَاحِ عَليْهِ.

وَإِنَّمَا قُلنَا بِأَنَّ النَّظَرَ وَالضَّرَرَ فِي هَذَا العَقْدِ بَاطِنَانِ لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ ليْسَ حُصُول المَال أَلبَتَّةَ بَل فِيهِ مَقَاصِدُ تَرْبُو عَلى المَهْرِ مِنْ الكَمَالاتِ المَطْلُوبَةِ فِي الإِخْتَانِ وَالعَرَائِسِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَظَرُ الأَبِ فِي الحَطِّ وَالزِّيَادَةِ إلى ذَلكَ وَيَجُوزُ أَنْ لا يَكُونَ، فَكَانَ النَّظَرُ وَالضَّرَرُ بَاطِنَيْنِ فَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلى الدَّليل، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّ المَاليَّةَ هِيَ المَقْصُودَةُ

فِي التَّصَرُّفَات المَالِيَّة فَلمْ يَكُنْ فِي مُقَابَلتِهَا شَيْءٌ يُجْبَرُ به خَلَلُ الغَبْنِ الفَاحِشِ حَتَّى يَقَعَ التَّرَدُّدُ بَيْنَ النَّظَرِ وَالضَّرَرِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِ الأَب فَالدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلى النَّظَرِ مَعْدُومٌ.

(وَمَن زَوَّجَ ابنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ عَبدًا أَو زَوَّجَ ابنَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ أَمَةً فَهُوَ جَائِزٌ) قَالَ ﷺ (وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ أَيضًا)؛ لأَنَّ الإِعرَاضَ عَن الكَفَاءَةِ لمَصلحَةٍ تَفوقُهَا وَعِندَهُمَا هُوَ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ لعَدَمِ الكَفَاءَةِ فَلا يَجُوزُ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَمَنْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ) نَظِيرُ تلكَ المَسْأَلة فِي التَّزْويج بِضَرَرٍ ظَاهِرٍ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

فَصلٌ فِي الوَكَالةِ بِالنِّكَاحِ وَغَيرِهَا

(وَيَجُوزُ لابنِ العَمِّ أَن يُزَوِّجَ بِنتَ عَمِّهِ مِن نَفسِهِ) وَقَال زُفَرُ: لا يَجُوزُ (وَإِن أَذِنَت المَرأَةُ للرَّجُلِ أَن يُزَوِّجَهَا مِن نَفسِهِ فَعَقَدَ بِحَضرَةِ شَاهِدَينِ جَازَ) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ. لهُمَا أَنَّ الوَاحِدَ لا يُتَصَوَّرُ أَن يَكُونَ مُمَلِّكًا وَمُتَمَلِّكًا كَمَا فِي البَيعِ، إلا أَنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ فِي الوَليِّ ضَرُورَةٌ؛ لأَنَّهُ لا يَتَوَلاهُ سِوَاهُ، وَلا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الوَكِيل. وَلنَا أَنَّ الوَكِيل فِي النِّكَاحِ سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ، وَالتَّمَانُعُ فِي الحُقُوقِ دُونَ التَّعبِيرِ وَلا تَرجِعُ الحُقُوقُ إليهِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّهُ مُبَاشِرٌ حَتَّى رَجَعَت الحُقُوقُ إليهِ، وَإِذَا تَوَلَّى طَرَفَيهِ فَقَولُهُ زَوَّجت يَتَضَمَّنُ الشَّطرَينِ فَلا يَحتَاجُ إلى القَبُول.

الشرح:

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها): لَمَّا كَانَتْ الوَكَالةُ نَوْعًا مِنْ الوِلايَة مِنْ حَيْثُ إنَّ تَصرُّفَ الوَكِيل يَنْفُذُ عَلى المُوَكِّل كَتَصرُّفِ الوَلِيِّ عَلى المَوْلى عَلَيْه نَاسَبَ أَنْ يَذْكُرَهَا فِي بَابِ الأَوْلِيَاءِ فِي فَصْلٍ عَلى حِدَة. وَقَوْلُهُ (وَغَيْرِهَا) أَيْ غَيْرِ الوَكَالة كَنِكَاحِ الفُضُولِيِّ. قَوْلُهُ (وَيَجُوزُ لابْنِ العَمِّ) صُورَتُهُ وَتَحْرِيرُ المَذَاهِب فيه ظَاهِرٌ، وَقَدْ جَمَعَ بَيْنَ دَليل زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لاشْتِرَاكِهِمَا فِي مَعْنًى وَهُوَ أَنَّ الوَاحِدَ لا يَكُونُ مُمَلِّكًا وَمُتَمَلِّكًا لشَيْءٍ وَاحِدٍ فِي زَمَانٍ وَاحِد.

وَاسْتَثْنَى الشَّافِعِيُّ الوَلِيَّ لأَنَّ مَذْهَبَهُ فِيه كَمَذْهَب عُلمَائنَا الثَّلاثَة، وَبَنَاهُ عَلى الضَّرُورَة (وَلنَا أَنَّ الوَكِيل فِي النِّكَاحِ سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلكَ لا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ مُمَلِّكًا وَمُتَمَلِّكًا لأَنَّهُ لا تَمَانُعَ فِي التَّعْبِيرِ بِأَنْ يَقُول تَزَوَّجْت بِنْتَ عَمِّي فُلانَةَ عَلى

صَدَاق كَذَا، وَإِنَّمَا التَّمَانُعُ فِي الحُقُوقِ كَالتَّسْلِيم وَالتَّسَلُّمِ وَالإِيفَاء وَالاسْتِيفَاءِ وَهِيَ لا تَرْجِعُ إِلَيْهِ لأَنَّهُ سَفِيرٌ لا مُبَاشِرٌ (بِخِلاف البَيْعِ لأَنَّهُ مُبَاشِرٌ حَتَّى رَجَعَتْ الحُقُوقُ إِلَيْه، وَإِذَا تَوَلَّى طَرَفَيْهِ فَقَوْلُهُ زَوَّجْت يَتَضَمَّنُ الشَّطْرَيْنِ) أَيْ شَطْرَيْ الإِيجَابِ وَالقَبُول لأَنَّ الوَاحِدَ لَمَّا قَامَ مَقَامَ اثْنَيْنِ قَامَتْ عِبَارَتُهُ الوَاحِدَةُ أَيْضًا مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ (فَلا يَحْتَاجُ إِلَى القَبُول).

قَال (وَتَزوِيجُ العَبدِ وَالأَمَةِ بِغَيرِ إذنِ مَولاهُمَا مَوقُوفٌ فَإِن أَجَازَهُ المَولى جَازَ، وَإِن رَدَّهُ بَطَل، وَكَذَلكَ لو زَوَّجَ رَجُلٌ امرَأَةً بِغَيرِ رِضَاهَا أَو رَجُلا بِغَيرِ رِضَاهُ) وَهَذَا عِندَنَا فَإِنَّ كُلَّ عَقدٍ صَدَرَ مِن الفُضُوليِّ وَلَهُ مُجِيزٌ انعَقَدَ مَوقُوفًا عَلى الإِجَازَةِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَصَرُّفَاتُ الفُضُوليِّ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ لأَنَّ العَقدَ وُضِعَ لحُكمِهِ، وَالفُضُوليُّ لا يَقدِرُ عَلى إثبَاتِ الحُكمِ فَيَلغُو. وَلنَا أَنَّ رُكنَ التَّصَرُّفِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ مُضَافًا إلى مَحَلِّهِ، وَلا ضَرَرَ فِي انعِقَادِهِ فَيَنعَقِدُ مَوقُوفًا. حَتَّى إذَا رَأَى المَصلحَةَ فِيهِ يُنَفِّذُهُ، وَقَد يَتَرَاخَى حُكمُ العَقدِ عَن العَقدِ.

(وَمَن قَال اشهَدُوا أَنِّي قَد تَزَوَّجت فُلانَةَ فَبَلغَهَا فَأَجَازَت فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِن قَال آخَرُ اشهَدُوا أَنِّي قَد زَوَّجتُهَا مِنهُ فَبَلغَهَا الخَبَرُ فَأَجَازَت جَازَ، وَكَذَلكَ إن كَانَت المَرأَةُ هِيَ الَّتِي قَالت جَمِيعَ ذَلكَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: إذَا زَوَّجَت نَفسَهَا غَائِبًا فَبَلغَهُ فَأَجَازَهُ جَازَ. وَحَاصِلُ الخِلافِ أَنَّ الوَاحِدَ لا يَصلُحُ فُضُوليًّا مِن الجَانِبَينِ أَو فُضُوليًّا مِن جَانِبٍ وَأَصِيلا مِن جَانِبٍ عِندَهُمَا خِلافًا لهُ. وَلو جَرَى العَقدُ بَينَ الفُضُوليَّينِ أَو بَينَ الفُضُوليِّ وَالأَصِيل جَازَ بِالإِجمَاعِ.

هُوَ يَقُولُ لو كَانَ مَأمُورًا مِن الجَانِبَينِ يَنفُذُ، فَإِذَا كَانَ فُضُوليًّا يَتَوَقَّفُ وَصَارَ كَالخُلعِ وَالطَّلاقِ وَالإِعتَاقِ عَلى مَالٍ. وَلهُمَا أَنَّ المَوجُودَ شَطرُ العَقدِ؛ لأَنَّهُ شَطرٌ حَالةَ الحَضرَةِ فَكَذَا عِندَ الغَيبَةِ، وَشَطرُ العَقدِ لا يَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءَ المَجلسِ كَمَا فِي البَيعِ، بِخِلافِ المَأمُورِ مِن الجَانِبَينِ؛ لأَنَّهُ يَنتَقِلُ كَلامُهُ إلى العَاقِدَينِ، وَمَا جَرَى بَينَ الفُضُوليَّينِ عَقدٌ تَامٌّ، وَكَذَا الخُلعُ وَأُختَاهُ؛ لأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ مِن جَانِبِهِ حَتَّى يَلزَمَ فَيَتِمُّ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَتَزْوِيجُ العَبْدِ وَالأَمَة) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ مُجِيزٌ) أَيْ قَابِلٌ يَقْبَلُ الإِيجَابَ سَوَاءٌ كَانَ فُضُولِيًّا آخَرَ أَوْ وَكِيلا أَوْ أَصِيلا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ العَقْدَ وُضِعَ لِحُكْمِه) بِنَاءً عَلَى أَنَّ المَقَاصِدَ الأَصْلِيَّةَ هُوَ الحُكْمُ وَالأَسْبَابُ وَالعِلَلُ وَسَائِلُ إِلَيْه (وَالفُضُولِيُّ لا يَقْدِرُ عَلَى

إثْبَات الحُكْمِ) وَإلا لجَازَ للنَّاس تَمْليكُ أَمْوَال النَّاس للنَّاسِ وَفيه مِنْ الفَسَادِ مَا لا يَخْفَى، وَإذَا لَمْ يَكُنْ قَادرًا كَانَ كَلامُهُ لغْوًا.

(وَلنَا أَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّف) وَهُوَ قَوْلُهُ زَوَّجْت وَتَزَوَّجْت (صَدَرَ مِنْ أَهْله) وَهُوَ الحُرُّ العَاقلُ البَالغُ (مُضَافًا إلى مَحَلِّه) وَهُوَ الأُنْثَى مِنْ بَنَات آدَمَ عَلَيْه السَّلامُ وَلَيْسَتْ مِنْ المُحَرَّمَات (وَلا ضَرَرَ فِي انْعقَاده) لكَوْنه غَيْرَ لازمٍ مَوْقُوفًا عَلى الإجَازَة (فَيَنْعَقدُ مَوْقُوفًا، فَإنْ رَأَى فيه مَصْلحَةً نَفَّذَهُ) وَإلا أَبْطَلَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ يَتَرَاخَى حُكْمُ العَقْد) جَوَابٌ عَنْ قَوْله لأَنَّ العَقْدَ وُضعَ لحكْمَة وَتَقْريرُهُ القَوْل بالمُوجب: يَعْني سَلَّمْنَا ذَلكَ لكنَّ الحُكْمَ هَاهُنَا لَمْ يَنْعَدمْ بَل تَأَخَّرَ إلى الإجَازَة، وَالحُكْمُ قَدْ يَتَرَاخَى عَنْ العَقْد كَمَا فِي البَيْع بشَرْط الخيَار، فَإنَّ لُزُومَهُ مُتَرَاخٍ إلى سُقُوط الخيَار. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَزَوَّجْت فُلانَةَ) ظَاهرٌ. وَالفَرْقُ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الأُولى لا مُجيزَ لَهَا فَلا تَتَوَقَّفُ، وَالثَّانيَةَ لَهَا مُجيزٌ فَتَتَوَقَّفُ لمَا تَقَدَّمَ أَنَّ شَرْطَ التَّوَقُّف وُجُودُ المُجيز.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ مَجْمُوعُ مَا ذُكرَ (قَوْلُ أَبي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا فَبلغَهُ) يَعْني بغَيْر مُجيز (كَأَجَازَهُ جَازَ) قَوْلُهُ (وَحَاصلُ ذَلكَ) قَال الإمَامُ المَحْبُوبيُّ: هَاهُنَا ستُّ مَسَائل، ثَلاثٌ منْهَا تَقفُ عَلى الإجَازَة بلا خلاف: إحْدَاهَا أَنَّ الفُضُوليَّ إذَا قَال: زَوَّجْتُ فُلانَةَ منْ فُلانٍ وَقَبل عَنْهُ فُضُوليٌّ آخَرُ، أَوْ قَال الرَّجُلُ تَزَوَّجْتُ فُلانَةَ وَهيَ غَائبَةٌ فَأَجَابَهُ فُضُوليٌّ وَقَال: زَوَّجْتهَا منْك وَقَالتْ المَرْأَةُ زَوَّجْت نَفْسي منْ فُلان الغَائب وَقَبل عَنْ فُلان: فُضُوليٌّ تَوَقَّفَ العَقْدُ عَلى الإجَازَة فِي هَذه الفُصُول الثَّلاثَة بالاتِّفَاق، لأَنَّهُ عَقْدٌ جَرَى بَيْنَ اثْنَيْنِ فَيَكُونُ تَامًّا مَوْقُوفًا عَلى الإجَازَة.

وَفي ثَلاث منْهَا اخْتلافٌ: إحْدَاهَا مَا ذُكرَ أَوَّلا وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ قَال اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَزَوَّجْت فُلانَةَ، وَالثَّانيَةُ أَنْ تَقُول المَرْأَةُ: زَوَّجْت نَفْسي منْ فُلان وَفُلانٌ غَائبٌ وَلَمْ يَقْبَل عَنْهُ آخرُ. وَالثَّالثَةُ أَنْ يَقُول الفُضُوليُّ زَوَّجْت فُلانَةَ منْ فُلان وَهُمَا غَائبَان وَلَمْ يَقْبَل أَحَدٌ فَعَلى قَوْلهمَا لا يَتَوَقَّفُ العَقْدُ عَلى إجَازَة الغَائب، وَهُوَ قَوْلُ أَبي يُوسُفَ أَوَّلا، وَعَلى قَوْله آخرًا يَتَوَقَّفُ.

(هُوَ يَقُولُ) فِي الفُضُوليِّ منْ الجَانبَيْنِ (لوْ كَانَ مَأْمُورًا منْ الجَانبَيْنِ نَفَذَ، فَإذَا كَانَ

فُضُولِيًّا تَوَقَّفَ) لِأَنَّ كَلَامَ الوَاحِدِ عَقْدٌ تَامٌّ فِي النِّكَاحِ بِاعْتِبَارِ الإِذْنِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بِاعْتِبَارِ الإِجَازَةِ انْتِهَاءً، لِأَنَّ الإِجَازَةَ اللاحِقَةَ كَالوَكَالَةِ السَّابِقَةِ كَمَا فِي الخُلْعِ وَالطَّلَاقِ وَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، فَإِنَّ الزَّوْجَ إِذَا قَالَ: خَالَعْتُ امْرَأَتِي عَلَى كَذَا وَهِيَ غَائِبَةٌ فَبَلَغَهَا الخَبَرُ فَقَبِلَتْ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا جَازَ بِالاتِّفَاقِ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ، احْتِيَاجُ الكُلِّ إِلَى الإِيجَابِ وَالقَبُولِ.

(وَلَهُمَا أَنَّ المَوْجُودَ شَرْطُ العَقْدِ لِأَنَّهُ شَطْرُ حَالَةِ الحَضْرَةِ) حَتَّى مَلَكَ الرُّجُوعَ قَبْلَ قَبُولِ الآخَرِ وَبَطَلَ بِالقِيَامِ قَبْلَ قَبُولِ الآخَرِ، وَلَوْ كَانَ عَقْدًا تَامًّا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ وَالجَامِعُ (فَكَذَا عِنْدَ الغَيْبَةِ) لِأَنَّ الدَّالَّ عَلَى ذَلِكَ المَعْنَى هُوَ الصِّيغَةُ وَهِيَ لَمْ تَخْتَلِفْ (وَشَطْرُ العَقْدِ لا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ المَجْلِسِ كَمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ المَأْمُورِ مِنْ الجَانِبَيْنِ لِأَنَّهُ يَنْقُلُ كَلَامَهُ إِلَى العَاقِدَيْنِ) فَيَصِيرُ كَكَلَامَيْنِ (وَمَا جَرَى بَيْنَ الفُضُولِيَّيْنِ عَقْدٌ تَامٌّ) لِوُجُودِ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ فَيَتَوَقَّفُ.

(وَكَذَا الخُلْعُ وَأُخْتَاهُ) أَيْ الطَّلَاقُ عَلَى مَالٍ وَالإِعْتَاقُ عَلَيْهِ (لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ مِنْ جَانِبِهِ) وَلِهَذَا كَانَ لازِمًا لا يَقْبَلُ الرُّجُوعَ، وَاليَمِينُ يَتِمُّ بِالحَالِفِ فَكَانَ عَقْدًا تَامًّا، وَإِنَّمَا قَالَ مِنْ جَانِبِهِ لِأَنَّ الخُلْعَ مِنْ جَانِبِهَا مُعَاوَضَةٌ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

(وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَهُ امرَأَةً فَزَوَّجَهُ اثنَتَيْنِ فِي عُقْدَةٍ لم تَلْزَمْهُ وَاحِدَةٌ مِنهُمَا)؛ لِأَنَّهُ لا وَجهَ إلى تَنفِيذِهِمَا لِلمُخَالَفَةِ وَلا إلى التَّنفِيذِ فِي إحداهُمَا غيرَ عَينٍ لِلجَهَالَةِ وَلا إلى التَّعيِينِ لِعَدَمِ الأَولوِيَّةِ فَتَعَيَّنَ التَّفرِيقُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجَهُ اثْنَتَيْنِ) لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ التَّوْكِيلُ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَالثَّانِي مَسْأَلَةُ الكِتَابِ وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ أَوَّلًا: لا يَصِحُّ نِكَاحُ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا وَالبَيَانُ إِلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ المَأْمُورَ مُمْتَثِلٌ أَمْرَهُ فِي إِحْدَاهُمَا؛ وَلا يَبْعُدُ أَنْ تَكُونَ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا مَنْكُوحَةً؛ كَمَا لَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ ثَلاثًا بِغَيْرِ عَيْنِهَا فَالبَيَانُ إِلَى الزَّوْجِ.

قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: وَهَذَا ضَعِيفٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ كَالطَّلَاقِ لاحْتِمَالِهِ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ دُونَ النِّكَاحِ، وَمَا لا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ لا يَثْبُتُ فِي المَجْهُولِ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ

بالبَيَان، بخلاف الطَّلاق وَفي الأوَّل، وَهُوَ أَنْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ فُلانَة فَزَوَّجَهَا وَأُخْرَى مَعَهَا في عَقْدٍ وَاحِدٍ جَازَ نِكَاحُ فُلانَة للأَمْرِ بِهِ وَتَوَقَّفَ نِكَاحُ الأُخْرَى عَلى الإِجَازَةِ لأَنَّهُ فُضُوليٌّ فيهَا.

(وَمَن أَمَرَهُ أَميرٌ بِأَن يُزَوِّجَهُ امرَأَةً فَزَوَّجَهُ أَمَةً لغَيرِهِ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) رُجُوعًا إلى إطلاقِ اللَّفظِ وَعَدَمِ التُّهمَةِ (وَقَالا: لا يَجُوزُ إلا أَن يُزَوِّجَهُ كُفئًا)؛ لأَنَّ المُطلقَ يَتَصرَّفُ إلى المُتَعَارَفِ وَهُوَ التَّزَوُّجُ بالأكفَاءِ. قُلنَا العُرفُ مُشتَرَكٌ أَو هُوَ عُرفٌ عَمَليٌّ فَلا يَصلُحُ مُقَيِّدًا. وَذُكِرَ فِي الوَكَالَةِ أَنَّ اعتِبَارَ الكَفَاءَةِ فِي هَذَا استِحسَانٌ عِندَهُمَا؛ لأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ لا يَعجِزُ عَن التَّزَوُّجِ بِمُطلقِ الزَّوجِ فَكَانَت الاستِعَانَةُ فِي التَّزَوُّجِ بِالكُفءِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَمَرَهُ أَميرٌ) قَيَّدَهُ بالأَمير وَحُكْمُ غَيْره كَذَلكَ. قَال الإِمَامُ المَحْبُوبيُّ: وَعَلى هَذَا الخلاف إذَا لَمْ يَكُنْ أَميرًا فَزَوَّجَهُ الوَكيلُ أَمَةً أَوْ حُرَّةً عَمْيَاءَ أَوْ مَقْطُوعَة اليَدَيْنِ أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ مَفْلُوجَةً أَوْ مَجْنُونَةً، إمَّا اتِّفَاقًا، وَإمَّا لمَا قيل قَيَّدَهُ بذَلكَ لتَظْهَرَ الكَفَاءَةُ فَإنَّهَا منْ جَانب النِّسَاء للرِّجَال مُسْتَحْسَنَةٌ في الوَكَالة عنْدَهُمَا، وَقَيَّدَ بقَوْله أَمَةً لغَيْره لأَنَّهُ لوْ زَوَّجَهُ أَمَةَ نَفْسه لا يَجُوزُ بالاتِّفَاق لمَكَان التُّهْمَة، وَأَشَارَ إلَيْه في الدَّليل بقَوْله: وَعَدَمُ التُّهْمَة.

وَأَمَّا إطْلاقُ اللَّفْظ فَإنَّ لفْظَ امْرَأَةٍ مُطْلَقٌ يَقَعُ عَلى الحُرَّة وَالأَمَة كَمَا إذَا حَلفَ لا يَتزَوَّجُ امْرَأَةً يَقَعُ عَلى الحُرَّة وَالأَمَة جَميعًا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ التَزَوُّجُ بالأَكْفَاء) قَال الكَشَانيُّ: دَلَّتْ المَسْأَلةُ عَلى أَنَّ الكَفَاءَةَ تُعْتَبَرُ في النِّسَاء للرِّجَال أَيْضًا عنْدَهُمَا، وَكَذَا ذَكَرَهُ في الأَصْل (قُلنَا العُرْفُ مُشْتَرَكٌ) يَعْني كَمَا هُوَ مُسْتَعْمَلٌ فيمَا قُلتُمْ مُسْتَعْمَلٌ فيمَا قُلنَا، فَإنَّ الأَشْرَافَ كَمَا يَتزَوَّجُونَ الحَرَائرَ يَتزَوَّجُونَ الإمَاءَ للتَّسْهيل (أَوْ هُوَ عُرْفٌ عَمَليٌّ) أَيْ عُرْفٌ منْ حَيْثُ العَمَلُ وَالاسْتعْمَالُ لا منْ حَيْثُ اللَّفْظُ.

وَبَيَانُهُ أَنَّ العُرْفَ عَلى نَوْعَيْنِ: لفْظيٌّ نَحْوُ الدَّابَّة تُقَيَّدُ لفْظًا بالفَرَسِ وَنَحْوُ المَال بَيْنَ العَرَب بالإبل. وَعَمَليٌّ أَيْ عُرْفٌ منْ حَيْثُ العَمَلُ: أَيْ منْ حَيْثُ إنَّ عَمَل النَّاسِ كَذَا كَلُبْسهمْ الجَديدَ يَوْمَ العيد وَأَمْثَاله (فَلا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا) لإطْلاق اللَّفْظ لأَنَّ إطْلاقَ اللَّفْظ تَصرُّفٌ لفْظيٌّ وَالتَّقْييدُ يُقَابلُهُ، وَمنْ شَرْط التَّقَابُل اتِّحَادُ المَحَلِّ الَّذي يَردَان عَلَيْه.

وَقَوْلُهُ (وَذَكَرَ) يَعْنِي مُحَمَّدًا (فِي وَكَالَةِ الأَصْلِ) إِشَارَةً إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ اسْتِحْسَانِ الكَفَاءَةِ عِنْدَهُمَا فِي الوَكَالَةِ لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

بَابُ المَهرِ

(وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَإِن لم يُسَمِّ فِيهِ مَهرًا)؛ لأَنَّ النِّكَاحَ عَقدُ انضِمَامٍ وَازدِوَاجٍ لُغَةً فَيَتِمُّ بِالزَّوجَينِ، ثُمَّ المَهرُ وَاجِبٌ شَرعًا إِبَانَةً لِشَرَفِ المَحَلِّ فَلَا يَحتَاجُ إِلَى ذِكرِهِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرطِ أَن لَا مَهرَ لَهَا لِمَا بَيَّنَّا، وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ

الشرح:

(باب المهر): لَمَّا ذَكَرَ رُكْنَ النِّكَاحِ وَشَرْطَهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ المَهْرِ لأَنَّهُ حُكْمُهُ، فَإِنَّ مَهْرَ المِثْلِ يَجِبُ بِالعَقْدِ فَكَانَ حُكْمًا لهُ، وَالمَهْرُ هُوَ المَالُ يَجِبُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مُقَابَلَةِ مَنَافِعِ البُضْعِ، إِمَّا بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِالعَقْدِ. وَلَهُ أَسَامٍ: المَهْرُ، وَالصَّدَاقُ، وَالنِّحْلَةُ، وَالأَجْرُ، وَالفَرِيضَةُ، وَالعُقْرُ. لا خِلافَ لأَحَدٍ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ بِلا تَسْمِيَةِ المَهْرِ، قَال اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿ فَٱنكِحُوا ﴾ وَالنِّكَاحُ لُغَةً لا يُنْبِئُ إلا عَنْ الانْضِمَامِ وَالازْدِوَاجِ فَيَتِمُّ بِالمُتَنَاكِحِينَ، فَلَوْ شَرَطْنَا التَّسْمِيَةَ فِيهِ زِدْنَا عَلَى النَّصِّ.

فَإِنْ قِيل: المَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا فَكَيْفَ يَصِحُّ النِّكَاحُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِه (ثُمَّ المَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا) يَعْنِي أَنَّ وُجُوبَهُ لَيْسَ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا هُوَ لإِبَانَةِ شَرَفِ المَحَلِّ (فَلا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ) فَإِنْ قِيل: هَذَا دَعْوَى فَلا بُدَّ لَهَا مِنْ دَلِيلٍ. قُلت: دَلَّ عَلَيْهِ قَوْله تَعَالَى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة: ٢٣٦] حَكَمَ بِصِحَّةِ الطَّلاقِ مَعَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ، وَلا يَكُونُ الطَّلاقُ إلا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، فَعُلِمَ أَنَّ تَرْكَ ذِكْرِهِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ.

(وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ لا مَهْرَ لَهَا لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ انْضِمَامٍ فَيَتِمُّ بِالزَّوْجَيْنِ. وَقَوْلُهُ وَفِيهِ) أَيْ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ لا مَهْرَ لَهَا (خِلافُ مَالِكٍ) يَعْنِي أَنَّهُ لا يُجَوِّزُهُ، قَال: لأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةِ مِلْكِ مُتْعَةٍ بِمِلْكِ مَهْرٍ فَيَفْسُدُ بِشَرْطِ نَفْيِ عِوَضِهِ كَالبَيْعِ بِشَرْطِ أَنْ لا ثَمَنَ وَيَحْتَاجُ إِلَى الفَرْقِ بَيْنَ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ وَشَرْطِ أَنْ لا يَكُونَ مَهْرٌ.

وَالقِيَاسُ عَلَى البَيْعِ يَقْتَضِي شُمُول العَدَمِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ فِي المُتْعَةِ كَمَا سَيَجِيءُ. قُلْنَا: دَلالَةُ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ عَلَى جَوَازِ أَنْ يَنْفِيَ المَهْرَ كَدَلالَتِه

عَلى جَوَازِ تَرْكِ ذِكْرِهِ لأَنَّ إمَّا يَكُونُ عِوَضًا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ فِي العَقْدِ لا يَخْتَلفُ الحَالُ بَيْنَ تَرْكِ ذِكْرِهِ وَنَفْيِهِ كَالبَيْعِ.

(وَأَقَلُّ المَهرِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: مَا يَجُوزُ أَن يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيعِ؛ لأَنَّهُ حَقُّهَا فَيَكُونُ التَّقدِيرُ إليهَا وَلنَا قَولُهُ ﷺ «وَلا مَهرَ أَقَلُّ مِن عَشرَةٍ»[1] وَلأَنَّهُ حَقُّ الشَّرعِ وُجُوبًا إظهَارًا لشَرَفِ المَحَلِّ فَيَتَقَدَّرُ بِمَا لهُ خَطَرٌ وَهُوَ العَشَرَةُ استِدلالا بِنِصَابِ السَّرِقَةِ (وَلو سَمَّى أَقَلَّ مِن عَشرَةٍ فَلهَا العَشَرَةُ) عِندَنَا.

وَقَال زُفَرُ: لهَا مَهرُ المِثلِ؛ لأَنَّ تَسمِيَةَ مَا لا يَصلُحُ مَهرًا كَانعِدَامِهِ وَلنَا أَنَّ فَسَادَ هَذِهِ التَّسمِيَةِ لحَقِّ الشَّرعِ وَقَد صَارَ مُقتَضِيًا بِالعَشَرَةِ، فَأَمَّا مَا يَرجِعُ إلى حَقِّهَا فَقَد رَضِيَت بِالعَشَرَةِ لرِضَاهَا بِمَا دُونَهَا، وَلا مُعتَبَرَ بِعَدَمِ التَّسمِيَةِ؛ لأَنَّهَا قَد تَرضَى بِالتَّمليكِ مِن غَيرِ عِوَضٍ تَكَرُّمًا، وَلا تَرضَى فِيهِ بِالعِوَضِ اليَسِيرِ. وَلو طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا تَجِبُ خَمسَةٌ عِندَ عُلمَائِنَا الثَّلاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَعِندَهُ تَجِبُ المُتعَةُ كَمَا إذَا لم يُسَمِّ شَيئًا.

(وَمَن سَمَّى مَهرًا عَشرَةً فَمَا زَادَ فَعَلَيهِ المُسَمَّى إن دَخَل بِهَا أَو مَاتَ عَنهَا)؛ لأَنَّهُ بِالدُّخُول يَتَحَقَّقُ تَسليمُ المُبدَل وَبِهِ يَتَأَكَّدُ البَدَلُ، وَبِالمَوتِ يَنتَهِي النِّكَاحُ نِهَايَتَهُ، وَالشَّيءُ بِانتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ وَيَتَأَكَّدُ فَيَتَقَرَّرُ بِجَمِيعِ مَوَاجِبِهِ (وَإِن طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا وَالخَلوَةِ فَلهَا نِصفُ المُسَمَّى) لقَولهِ تَعَالى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وَالأَقيِسَةُ مُتَعَارِضَةٌ، فَفِيهِ تَفوِيتُ الزَّوجِ المِلكَ عَلى نَفسِهِ بِاختِيَارِهِ وَفِيهِ عَودُ المَعقُودِ عَليهِ إليهِ سَالمًا فَكَانَ المَرجِعُ فِيهِ النَّصُّ، وَشَرَطَ أَن يَكُونَ قَبل الخَلوَةِ؛ لأَنَّهَا كَالدُّخُول عِندَنَا عَلى مَا نُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

الشرح:

(وَأَقَلُّ المَهْرِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ لأَنَّهُ حَقُّهَا) شَرَعَهُ اللَّهُ تَعَالى لَهَا صِيَانَةً لِبُضْعِهَا عَنْ الابْتِذَال مَجَّانًا (فَيَكُونُ التَّقْدِيرُ إلَيْهَا. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاَةُ وَالسَّلامُ «**لا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةٍ**») إنَّمَا ذَكَرَهُ بِالوَاوِ لِكَوْنِه مَعْطُوفًا عَلى مَا قَبْلَهُ فِي الحَدِيث وَهُوَ مَا رَوَى جَابِرٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَال: «**أَلا لا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إلا الأَوْلِيَاءُ، وَلا يُزَوَّجْنَ إلا مِنْ الأَكْفَاءِ وَلا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ**».

---

(١) سبق تخريجه، وهو حديث ضعيف.

وَفِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «**لا قَطْعَ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَلا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ**» وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ أَنَّهُ خَبَرُ وَاحِدٍ فَلا يَجُوزُ تَقْيِيدُ إِطْلاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ [النساء: ٢٤] بِهِ لأَنَّهُ نُسِخَ. الثَّانِي أَنَّهُ مُعَارَضٌ بِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَبِهِ أَثَرُ صُفْرَةٍ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ:«**كَمْ سُقْتَ إِلَيْهَا؟**» فَقَالَ: زِنَةَ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ**» رَوَاهُ الجَمَاعَةُ.

وَالنَّوَاةُ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَ الأَكْثَرِ، وَقِيلَ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ وَثُلُثٌ، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّ امْرَأَةً قَامَتْ وَقَالَتْ: وَهَبْتُ نَفْسِي مِنْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا حَاجَةَ لَنَا اليَوْمَ بِالنِّسَاءِ**»، فَقَالَ رَجُلٌ: لِي حَاجَةٌ، زَوِّجْنِيهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**هَلْ عِنْدَكَ شَيْءٌ تَصْدُقُهَا؟**» فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلا إِزَارِي، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ:«**لا فَالتَمِسْ شَيْئًا وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ**»، فَالتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنْ القُرْآنِ؟**» قَالَ: نَعَمْ سُورَةُ كَذَا وَكَذَا، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنْ القُرْآنِ**»(١).

الثَّالِثُ أَنَّ هَذَا الحَدِيثَ مَتْرُوكُ العَمَلِ فِي حَقِّ الأَوْلِيَاءِ فَيَكُونُ فِي حَقِّ المَهْرِ كَذَلِكَ لأَنَّهُ إِنْ كَانَ صَحِيحًا وَجَبَ العَمَلُ بِهِ عَلَى الإِطْلاقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا وَجَبَ تَرْكُ العَمَلِ بِهِ كَذَلِكَ. وَأَمَّا العَمَلُ بِبَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ فَتَحَكُّمٌ مَحْضٌ وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ التَّقْيِيدَ ثَبَتَ بِإِشَارَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ [الأحزاب: ٥٠] لأَنَّ الفَرْضَ بِمَعْنَى التَّقْدِيرِ، وَكَانَ المُرَادُ بِأَمْوَالِكُمْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ [النساء: ٢٤] كَلامُنَا فِي الَّذِي يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ. وَعَنْ الثَّالِثِ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ عَائِشَةَ عَمِلَتْ بِخِلافِهِ، وَلَوْ لَمْ تَعْرِفْ نَسْخَهُ مَا فَعَلَتْ ذَلِكَ فَقَامَ دَلِيلُ النَّسْخِ فِي الأَوْلِيَاءِ دُونَ غَيْرِهَا، وَلا يَلْزَمُ مِنْ تَرْكِ العَمَلِ بِالَّذِي قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلُ النَّسْخِ تَرْكُهُ بِمَا لَمْ يَقُمْ وَلا التَّحَكُّمُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ) أَيْ المَهْرُ حَقُّ الشَّرْعِ مِنْ حَيْثُ وُجُوبُهُ عَمَلا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ، وَكَانَ

---

(١) أخرجه البخاري (٥٠٢٩)، ومسلم (٧٦).

ذَلِكَ لِإِظْهَارِ شَرَفِ المَحَلِّ (فَيَتَقَدَّرُ بِمَالِهِ خَطَرٌ وَهُوَ العَشَرَةُ اسْتِدْلالا بِنِصَابِ السَّرِقَةِ) لأَنَّهُ يَتْلَفُ بِهِ عُضْوٌ مُحْتَرَمٌ فَلأَنْ يَتْلَفَ بِهِ مَنَافِعُ بُضْعٍ كَانَ أَوْلَى (وَلَوْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَهَا العَشَرَةُ عِنْدَنَا.

وَقَال زُفَرُ: لَهَا مَهْرُ المِثْلِ لأَنَّ تَسْمِيَةَ مَا لا يَصْلُحُ مَهْرًا كَانْعِدَامِهِ) كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ وَهُوَ القِيَاسُ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ (أَنَّ فَسَادَ هَذِهِ التَّسْمِيَةِ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ صَارَ مَقْضِيًّا بِالعَشَرَةِ) إِمَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ العَشَرَةَ فِي كَوْنِهَا صَدَاقًا لا تَتَجَزَّأُ، وَذِكْرُ بَعْضِ مَا لا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ؛ كَمَا لَوْ أَضَافَ النِّكَاحَ إِلَى نِصْفِهَا صَحَّ فِي جَمِيعِهَا، وَأَمَّا حَقُّهَا وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى العَشَرَةِ فَقَدْ رَضِيَتْ بِسُقُوطِهِ لأَنَّ الرِّضَا بِمَا دُونَ العَشَرَةِ رِضًا بِالعَشَرَةِ. وَإِمَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا بِرِضَاهَا بِمَا دُونَ العَشَرَةِ أَسْقَطَتْ حَقَّهَا وَحَقَّ الشَّرْعِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، فَمَا كَانَ حَقَّهَا فَقَدْ سَقَطَ لِوِلايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا، وَمَا كَانَ حَقَّ الشَّرْعِ فَلَمْ يَسْقُطْ لِعَدَمِ الوِلايَةِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلا مُعْتَبَرَ بِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَانْعِدَامِهِ: يَعْنِي لَيْسَ هَذَا القِيَاسُ صَحِيحًا (لأَنَّهَا قَدْ تَرْضَى بِالتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ تَكَرُّمًا وَلا تَرْضَى فِيهِ بِالعِوَضِ اليَسِيرِ) فَلا يَكُونُ عَدَمُ التَّسْمِيَةِ دَلِيلا عَلَى الرِّضَا بِالعَشَرَةِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ العَشَرَةُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ بِخِلافِ الرِّضَا بِمَا دُونَ العَشَرَةِ فَإِنَّهُ رِضًا بِهَا لا مَحَالَةَ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ خَمْسَةٌ عِنْدَهُمْ) وَوَجَبَتْ المُتْعَةُ عِنْدَهُمْ كَمَا إِذَا لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَمَّى مَهْرًا عَشَرَةً) اعْلَمْ أَنَّ المَهْرَ بَعْدَ وُجُوبِهِ بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِنَفْسِ العَقْدِ يَتَقَرَّرُ بِأَحَدِ الأَمْرَيْنِ بِالدُّخُولِ وَمَا قَامَ مَقَامَهُ مِنْ الخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ وَبِالمَوْتِ، أَمَّا الدُّخُولُ فَلأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ بِهِ تَسْلِيمُ المُبْدَلِ وَهُوَ البُضْعُ (وَبِهِ) أَيْ بِتَسْلِيمِ المُبْدَلِ (يَتَأَكَّدُ تَسْلِيمُ البَدَلِ) وَهُوَ المَهْرُ كَمَا فِي تَسْلِيمِ المَبِيعِ فِي بَابِ البَيْعِ يَتَأَكَّدُ بِهِ وُجُوبُ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ، فَإِنَّ وُجُوبَ الثَّمَنِ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مُتَأَكِّدًا لِكَوْنِهِ عَلَى عَرَضِيَّةِ أَنْ يَهْلِكَ المَبِيعُ فِي يَدِ البَائِعِ وَيَنْفَسِخَ العَقْدُ وَبِتَسْلِيمِهِ يَتَأَكَّدُ وُجُوبُ الثَّمَنِ عَلَى المُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ وُجُوبُ المَهْرِ كَانَ عَلَى عَرَضِيَّةِ أَنْ يَسْقُطَ بِتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ أَوْ الارْتِدَادِ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ وَبِالدُّخُولِ تَأَكَّدَ. وَأَمَّا المَوْتُ فَلأَنَّ النِّكَاحَ يَنْتَهِي بِهِ نِهَايَتَهُ حَيْثُ لَمْ يَبْقَ قَابِلا لِلرَّفْعِ.

(وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ وَيَتَأَكَّدُ فَيَجِبُ أَنْ يَتَقَرَّرَ بِجَمِيعِ مَوَاجِبِهِ) الْمُمْكِنِ تَقْرِيرُهَا لِوُجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ كَالإِرْثِ وَالعِدَّةِ وَالْمَهْرِ وَالنَّسَبِ. وَقُلْنَا: " مَوَاجِبِهِ الْمُمْكِنِ تَقْرِيرُهَا " احْتِرَازًا عَنْ النَّفَقَةِ وَحِلِّ التَّزَوُّجِ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَإِنَّ النَّفَقَةَ لا تَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَحِلُّ لَهَا التَّزَوُّجُ بَعْدَ انْقِضَائِهَا وَلَمْ يَحِلَّ وَقْتَ النِّكَاحِ، وَأَمَّا الَّذِي يَقُومُ مَقَامَ الدُّخُولِ فَهُوَ الخَلوَةُ الصَّحِيحَةُ. وَيُعْلَمُ حُكْمُهُ مِنْ قَوْلِهِ (فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالخَلوَةِ فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٧]) وَهُوَ نَصٌّ صَرِيحٌ فِي البَابِ فَيَجِبُ العَمَلُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ: (وَالأَقْيِسَةُ مُتَعَارِضَةٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: يَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ كُلُّ البَدَلِ، لأَنَّ بِالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ يَعُودُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ سَالِمًا إِلَيْهَا فَيَجِبُ أَنْ يَسْقُطَ كُلُّ البَدَلِ كَمَا إِذَا تَبَايَعَا ثُمَّ تَقَايَلا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الأَقْيِسَةَ مُتَعَارِضَةٌ قِيَاسٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ كَمَا ذَكَرْت، وَقِيَاسٌ آخَرُ يَقْتَضِي وُجُوبَ كُلِّ الْمَهْرِ لأَنَّهُ فَوَّتَ مَا مَلَكَهُ بِاخْتِيَارِهِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي وُجُوبَ كُلِّ الْمَهْرِ كَالْمُشْتَرِي إِذَا أَتْلَفَ الْمَبِيعَ قَبْلَ القَبْضِ، وَإِذَا تَعَارَضَ القِيَاسَانِ وَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَى النَّصِّ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ أَنَّ القِيَاسَ الوَاحِدَ لا وُجُودَ لَهُ عَلَى مُخَالَفَةِ النَّصِّ فَضْلا عَنْ الأَقْيِسَةِ وَالثَّانِي أَنَّ التَّعَارُضَ إِذَا ثَبَتَ بَيْنَ الحُجَّتَيْنِ كَانَ الْمَصِيرُ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا لا إِلَى مَا قَبْلَهُمَا. وَالثَّالِثُ أَنَّ القِيَاسَيْنِ لا يَتَعَارَضَانِ، وَلَوْ ثَبَتَ التَّعَارُضُ صُورَةً لَمْ يُتْرَكَا. بَل يَعْمَلُ الْمُجْتَهِدُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ ذِكْرَ مُعَارَضَةِ القِيَاسَيْنِ هَهُنَا لَيْسَ لإِثْبَاتِ الحُكْمِ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا بَل لِبَيَانِ أَنَّ العَمَلَ بِهِمَا غَيْرُ مُمْكِنٍ لِتَعَارُضِهِمَا أَوْ لِمُخَالَفَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا النَّصَّ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ: فَوَجَبَ العَمَلُ عَلَيْنَا بِظَاهِرِ النَّصِّ مِنْ غَيْرِ رُجُوعٍ إِلَى القِيَاسِ وَالْمَعْقُولِ، فَإِنَّا لَوْ خَلَّيْنَا وَمُجَرَّدَ القِيَاسِ وَعَمِلنَا بِهِ عَلَى وَجْهِ الفَرْضِ وَالتَّقْدِيرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَقْتَ العَمَلِ بِالقِيَاسِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى النَّصِّ لَزِمَ تَرْكُ أَحَدِ القِيَاسَيْنِ فَتَرَكْنَاهُمَا جَمِيعًا وَعَمِلنَا بِالنَّصِّ، وَبِهَذَا خَرَجَ الجَوَابُ عَنْ السُّؤَالَيْنِ الأَخِيرَيْنِ، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ تَكُنْ الْمُعَارَضَةُ عَلَى حَقِيقَتِهَا بَل هُوَ قَوْلٌ عَلَى سَبِيلِ الفَرْضِ، وَالتَّقْدِيرُ لا يَرِدُ مَا يَرِدُ فِي التَّعَارُضِ، هَذَا

أَحْسَنُ مَا وَجَدْته فِي الاعْتذَارِ فِي هَذَا البَحْثِ وَهُوَ كَمَا تَرى. وَقوْلُهُ (وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الخَلوَةِ) قَدْ ظَهَرَ مَعْنَاهُ مِمَّا تَقدَّمَ.

قَال (وَإِن تزَوَّجَهَا وَلم يُسَمّ لهَا مَهرًا أَو تزَوَّجَهَا عَلى أَن لا مَهرَ لهَا فلَهُ مَهرُ مِثلهَا إن دَخَل بِهَا أَو مَاتَ عَنهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجِبُ شَيءٌ فِي الموتِ، وَأَكثَرُهُم عَلى أَنَّهُ يَجِبُ فِي الدُّخُول. لهُ أَنَّ المَهرَ خَالصُ حَقِّهَا فَتَتَمَكَّنُ مِن نَفيِهِ ابتِدَاءً كَمَا تَتَمَكَّنُ مِن إسقَاطِهِ انتِهَاءً وَلنَا أَنَّ المَهرَ وُجُوبًا حَقُّ الشَّرعِ عَلى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حَقَّهَا فِي حَالةِ البَقَاءِ فَتَملكُ الإِبرَاءَ دُونَ النَّفيِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا) للمُفَوِّضَة وَالَّتِي شُرِطَ فِي نِكَاحِهَا أَنْ لا مَهْرَ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ إِذَا دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ (وَقَال الشَّافعِيُّ: لا يَجبُ شَيْءٌ فِي المَوْتِ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابه عَلى أَنَّهُ يَجبُ فِي الدُّخُول. لهُ أَنَّ المَهْرَ خَالصُ حَقِّهَا فَتَتَمَكَّنُ مِنْ نَفْيِه ابْتِدَاءً كَمَا تَتَمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطه انْتِهَاءً. وَلنَا أَنَّ المَهْرَ وُجُوبًا حَقُّ الشَّرْعِ كَمَا مَرَّ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حَقَّهَا حَالةَ البَقَاءِ فَتَمْلكُ الإِبْرَاءَ دُونَ النَّفْيِ) لأَنَّ الأَصْلَ أَنْ يُلاقِيَ التَّصَرُّفُ مَا تَمْلكُهُ دُونَ مَا لا تَمْلكُهُ.

(وَلو طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا فَلهَا المُتعَةُ) لقَولهِ تَعَالى ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ ﴾ **[البقرة: ٢٣٦] ثُمَّ هَذهِ المُتعَةُ وَاجِبَةٌ رُجُوعًا إلى الأمرِ، وَفِيهِ خِلافُ مَالكٍ (وَالمُتعَةُ ثَلاثَةُ أَثوَابٍ مِن كِسوَةِ مِثلهَا) وَهِيَ دِرعٌ وَخِمَارٌ وَمِلحَفَةٌ. وَهَذَا التَّقدِيرُ مَروِيٌّ عَن عَائِشَةَ وَابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا. وَقَولُهُ مِن كِسوَةِ مِثلهَا إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ يُعتَبَرُ حَالُهَا وَهُوَ قَولُ الكَرخِيِّ فِي المُتعَةِ الوَاجِبَةِ لقِيَامِهَا مَقَامَ مَهرِ المِثل. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعتَبَرُ حَالُهُ عَمَلا بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوله تَعَالى** ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ **[البقرة: ٢٣٦] ثُمَّ هِيَ لا تُزَادُ عَلى نِصفِ مَهرِ مِثلهَا وَلا تَنقُصُ عَن خَمسَةِ دَرَاهِمَ، وَيُعرَفُ ذَلكَ فِي الأَصل.**

الشرح:

(وَلوْ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا فَلهَا المُتْعَةُ لقَوْله تَعَالى ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾) وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ اللَّهَ تَعَالى قَال ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ وَالفَرِيضَةُ هِيَ المَهْرُ: أَيْ لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي الطَّلاقِ فِي الوَقْتِ الَّذِي لَمْ يَحْصُلِ المَسَاسُ، وَفَرَضَ الفَرِيضَةَ وَأَمَرَ بِالْمُتْعَةِ مُطْلَقًا وَهُوَ عَلى الوُجُوبِ وَقَالَ ﴿ حَقًّا ﴾ وَذَلِكَ يَقْتَضِيهِ أَيْضًا وَذُكِرَ بِكَلِمَةِ عَلى (وَهَذِهِ المُتْعَةُ وَاجِبَةٌ) عِنْدَنَا (رُجُوعًا إلى الأَمْرِ) وَغَيْرِه.

(وَفِيه خِلافُ مَالِك) فَإِنَّهَا عِنْدَهُ مُسْتَحَبَّةٌ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالى سَمَّاهَا إِحْسَانًا بِقَوْلِه تَعَالى ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مَصْرُوفٌ إلى الَّتِي لَهَا مَهْرٌ أَوْ نِصْفُ مَهْرٍ لِئَلا يُعَارِضَ الأَمْرُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ " مَتَاعًا " مَصْدَرٌ مُؤَكِّدٌ لِقَوْلِه تَعَالى مَتِّعُوا وَالمُرَادُ بِه هَذِه المُتْعَةُ الوَاجِبَةُ فَكَيْفَ يَنْصَرِفُ إلى المُسْتَحَبِّ وَالأَوْلى أَنْ يُقَالَ: الأَمْرُ وَكَلِمَةُ عَلى فِي ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ وَمَتَاعًا وَحَقًّا وَكَلِمَةُ عَلى فِي قَوْلِه ﴿ عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ كُلُّهَا تَقْتَضِي الوُجُوبَ وَتَأْكِيدَهُ، فَإِمَّا أَنْ تُبْطِلَ ذَلِكَ كُلَّهُ لأَجْلِ لَفْظِ الإِحْسَانِ أَوْ تُؤَوِّلَهُ لا أَرَاكَ تَعْدِلُ عَنْ التَّأْوِيلِ فَتُؤَوِّلُ بِأَنَّ مَعْنَاهُ عَلى المُحْسِنِينَ الَّذِينَ يُقِيمُونَ الوَاجِبَ وَيَزِيدُونَ عَلى ذَلِكَ إِحْسَانًا مِنْهُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(وَالمُتْعَةُ ثَلاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِهَا وَهِيَ دِرْعٌ وَمِلْحَفَةٌ وَخِمَارٌ) فَإِنْ كَانَتْ مِنْ السَّفِلَةِ فَمِنْ الكِرْبَاسِ، وَإِنْ كَانَتْ وَسَطًا فَمِنْ القَزِّ، وَإِنْ كَانَتْ مُرْتَفِعَةَ الحَالِ فَمِنْ الإِبْرَيْسَمِ (وَهَذَا التَّقْدِيرُ) أَيْ تَقْدِيرُ العَدَدِ (مَرْوِيٌّ عَنْ عَائِشَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ) وَذَلِكَ لأَنَّ المَرْأَةَ تُصَلِّي فِي ثَلاثَةِ أَثْوَابٍ وَتَخْرُجُ فِيهَا عَادَةً فَتَكُونُ مُتْعَتُهَا كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (لِقِيَامِهَا مَقَامَ مَهْرِ المِثْلِ) قَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: كَانَ مِنْ حَقِّه أَنْ يَقُولَ لِقِيَامِهَا مَقَامَ نِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ لأَنَّ المَهْرَ التَّامَّ لَمْ يَجِبْ فِي صُورَةٍ مِنْ الصُّوَرِ إِذَا طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَكِنَّ مُرَادَهُ إِلحَاقُ المُتْعَةِ بِنَفْسِ مَهْرِ المِثْلِ فِي اعْتِبَارِ حَالِهَا مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إلى تَمَامِ مَهْرِ المِثْلِ أَوْ نِصْفِه، وَفِي مَهْرِ المِثْلِ المُعْتَبَرُ حَالُهَا فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُهُ) هُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ (عَمَلا بِالنَّصِّ، وَهُوَ قَوْلُه تَعَالى ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ ﴾) أَيْ عَلى الغَنِيِّ بِقَدْرِ حَالِه ﴿ وَعَلَى ﴾ ٱلْمُقْتِرِ أَيْ عَلى الفَقِيرِ المُقِلِّ بِقَدْرِ حَالِه. ثُمَّ المُتْعَةُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ زَائِدَةً عَلى نِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ لأَنَّ مَهْرَ المِثْلِ هُوَ العِوَضُ الأَصْلِيُّ، وَلَكِنْ تَعَذَّرَ تَنْصِيفُهُ لِجَهَالَتِه فَيُصَارُ إلى خَلَفِه وَهُوَ المُتْعَةُ فَلا تُزَادُ عَلى نِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ وَإِنْ لَمْ

تَكُنْ، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مُسَاوِيَةً لهُ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَتْ مُسَاوِيَةً فلهَا المُتْعَةُ اتِّبَاعًا للنَّصِّ؛ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَة دَرَاهِمَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَتْ فلهَا الخَمْسَةُ لأَنَّ المَهْرَ هُوَ الأَصْلُ، وَالمُتْعَةَ خَلفُهُ، وَلا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَلا مُتْعَةَ أَقَلُّ مِنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَلهَا المُتْعَةُ بِالنَّصِّ.

فَإِنْ قِيلَ: نَصُّ المُتْعَةِ مُطْلَقٌ عَنْ هَذه التَّفَاصِيل فَفِيهَا تَقْيِيدٌ لهُ وَهُوَ نَسْخٌ. فَالجَوَابُ أَنَّ قَوْله تَعَالى ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ [الأحزاب: ٥٠] دَلَّ عَلى أَنَّ المَهْرَ مُقَدَّرٌ شَرْعًا، وَالإِيجَابُ بِالتَّسْمِيَةِ فِي مَهْرِ مَنْ يُعْتَبَرُ فِي مَهْرِه مَهْرُ المِثْل بَيَانٌ لذَلكَ المُقَدَّرِ المُجْمَل، وَكَذَلكَ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ**» فَكَانَ مُعَارِضًا لآيَةِ المُتْعَة، وَالتَّفْصِيلُ عَلى الوَجْهِ المَذْكُورِ تَوْفِيقٌ بَيْنَهُمَا، فَتَأَمَّلْ إِنْ كَانَ القَوَاعِدُ الأُصُوليَّةُ عَلى ذِكْرٍ مِنْك.

(وَإِن تَزَوَّجَهَا وَلم يُسَمِّ لهَا مَهرًا ثُمَّ تَرَاضَيَا على تَسمِيَةٍ فَهِيَ لهَا إن دَخَل بِهَا أَو مَاتَ عَنهَا، وَإِن طَلَّقَهَا قَبل الدُّخول بِهَا فَلهَا المُتعَةُ) وَعَلى قَول أَبِي يُوسُفَ الأَوَّل نِصفُ هَذَا المَفرُوضِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ مَفرُوضٌ فَيَتَنَصَّفُ بِالنَّصِّ. وَلنَا أَنَّ هَذَا الفَرضَ تَعيِينٌ للوَاجِبِ بِالعَقدِ وَهُوَ مَهرُ المِثل وَذَلكَ لا يَتَنَصَّفُ فَكَذَا مَا نَزَل مَنزِلتَهُ، وَالمُرَادُ بِمَا تَلا الفَرضَ فِي العَقدِ إذ هُوَ الفَرضُ المُتَعَارَفُ..

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لهَا مَهْرًا ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلى تَسْمِيَة مَهْرٍ فَهِيَ لهَا إِنْ دَخَل بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) بِالاتِّفَاق (وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا فَلهَا المُتْعَةُ، وَعَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ الأَوَّل نِصْفُ هَذَا المَفْرُوضِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّهُ مَفْرُوضٌ) وَالمَفْرُوضُ يَتَنَصَّفُ بِالطَّلاق قَبْل الدُّخُول لقَوْله تَعَالى ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾.

(وَلنَا أَنَّ هَذَا الفَرْضَ تَعْيِينٌ للوَاجِب بِالعَقْد وَهُوَ مَهْرُ المِثْل) إِذْ لوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلكَ لوَجَبَ عَلَيْه إِذَا دَخَل بِهَا مَهْرُ المِثْل وَالمَفْرُوضُ جَمِيعًا، أَمَّا مَهْرُ المِثْل فَلأَنَّهُ الوَاجِبُ بِهَذَا العَقْد ابْتِدَاءً لعَدَمِ التَّسْمِيَة، وَأَمَّا المَفْرُوضُ فَبِحُكْمِ التَّسْمِيَة وَكَانَ كَمَا إِذَا سَمَّى لهَا مَهْرًا ثُمَّ زَادَ لهَا شَيْئًا فَإِنَّهُمَا يَلزَمَان عَلى تَقْدِيرَيْ الدُّخُول وَالمَوْت لكنَّهُ يَسْقُطُ مَهْرُ المِثْل وَيَلزَمُهُ المَفْرُوضُ وَكَانَ تَعْيِينًا لهُ، وَمَهْرُ المِثْل لا يَتَنَصَّفُ (فَكَذَا مَا نُزِّل مَنْزِلتَهُ، وَالمُرَادُ بِمَا

تَلا) يَعْنِي قَوْله تَعَالى ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٧] (الفَرْضُ فِي العَقْدِ) لأَنَّهُ هُوَ المُتَعَارَفُ.

قَال (وَإِن زَادَ لهَا فِي المَهرِ بَعدَ العَقدِ لزِمَتهُ الزِّيَادَةُ) خِلافًا لزُفَرَ، وَسَنَذكُرُهُ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى (وَ) إذَا صُحِّحَت الزِّيَادَةُ (تَسقُطُ بِالطَّلاقِ قَبل الدُّخُول) وَعَلى قَول أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا تَنتَصِفُ مَعَ الأَصل لأَنَّ التَّنصِيفَ عِندَهُمَا يَختَصُّ بِالمَفرُوضِ فِي العَقدِ، وَعِندَهُ المَفرُوضُ بَعدَهُ كَالمَفرُوضِ فِيهِ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ زَادَهَا فِي المَهْرِ بَعْدَ العَقْدِ لزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ خِلافًا لزُفَر) فَإِنَّهُ يَقُولُ: الزِّيَادَةُ هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ لا تُلحَقُ بِأَصْل العَقْدِ إنْ قُبِضَتْ مُلكَتْ وَإِلا فَلا، وَوَعَدَ المُصَنِّفُ أَنْ يَذْكُرَهُ فِي بَابِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ فَنَحْنُ نَتْبَعُهُ فِي ذَلكَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ التَّنْصِيفَ عِنْدَهُمَا يَخْتَصُّ بِالمَفْرُوضِ فِي العَقْدِ) يَعْنِي بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إلى المُتَعَارَفِ (وَعِنْدَهُ المَفْرُوضُ بَعْدَهُ كَالمَفْرُوضِ فِيهِ) عَمَلا بِظَاهِرِ قَوْله تَعَالى ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا مَرَّ) يَعْنِي فِي المَسْأَلةِ المُتَقَدِّمَةِ.

(وَإِن حَطَّت عَنهُ مِن مَهرِهَا صَحَّ الحَطُّ)؛ لأَنَّ المَهرَ بَقَاءُ حَقِّهَا وَالحَطُّ يُلاقِيهِ حَالةَ البَقَاءِ.

(وَإِذَا خَلا الرَّجُلُ بِامرَأَتِهِ وَليسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِن الوَطءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلهَا كَمَالُ المَهرِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهَا نِصفُ المَهرِ؛ لأَنَّ المَعقُودَ عَليهِ إنَّمَا يَصِيرُ مُستَوفًى بِالوَطءِ فَلا يَتَأَكَّدُ المَهرُ دُونَهُ وَلنَا أَنَّهَا سَلَّمَت المُبدَل حَيثُ رَفَعَت المَوَانِعَ وَذَلكَ وُسعُهَا فَيَتَأَكَّدُ حَقُّهَا فِي البَدَل اعتِبَارًا بِالبَيعِ (وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا أَو صَائِمًا فِي رَمَضَانَ أَو مُحرِمًا بِحَجٍّ فَرضٍ أَو نَفلٍ أَو بِعُمرَةٍ أَو كَانَت حَائِضًا فَليسَت الخَلوَةُ صَحِيحَةً) حَتَّى لو طَلَّقَهَا كَانَ لهَا نِصفُ المَهرِ؛ لأَنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ مَوَانِعُ، أَمَّا المَرَضُ فَالمُرَادُ مِنهُ مَا يَمنَعُ الجِمَاعَ أَو يَلحَقُهُ بِهِ ضَرَرٌ.

وَقِيل مَرَضُهُ لا يُعرَى عَن تَكَسُّرٍ وَفُتُورٍ، وَهَذَا التَّفصِيلُ فِي مَرَضِهَا وَصَومِ رَمَضَانَ لمَا يَلزَمُهُ مِن القَضَاءِ وَالكَفَّارَةِ، وَالإِحرَامِ لمَا يَلزَمُهُ مِن الدَّمِ وَفَسَادِ النُّسُكِ وَالقَضَاءِ، وَالحَيضُ مَانِعٌ طَبعًا وَشَرعًا (وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا تَطَوُّعًا فَلهَا المَهرُ كُلُّهُ)؛ لأَنَّهُ

يُبَاحُ لهُ الإفطَارُ مِن غَيرِ عُذرٍ فِي رِوَايَةِ المُنتَقى، وَهَذَا القَولُ فِي المَهرِ هُوَ الصَّحِيحُ. وَصَومُ القَضَاءِ وَالمَنذُورِ كَالتَّطَوُّعِ فِي رِوَايَةٍ؛ لأَنَّهُ لا كَفَّارَةَ فِيهِ، وَالصَّلاةُ بِمَنزِلَةِ الصَّومِ فَرضُهَا كَفَرضِهِ وَنَفلُهَا كَنَفلِهِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا خَلا الزَّوْجُ بِامْرَأَتِهِ) هَذَا بَيَانٌ أَنَّ الخَلوَةَ الصَّحِيحَةَ بِمَنْزِلَةِ الدُّخُول فِي حَقِّ لُزُومِ كَمَال المَهْرِ وَغَيْرِهِ عِنْدَنَا. خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لَهَا نِصْفُ المَهْرِ (لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ) وَهُوَ مَنَافِعُ البُضْعِ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْتَوْفًى بِالوَطْءِ فَلا يَتَأَكَّدُ المَهْرُ دُونَهُ لأَنَّ التَّأَكُّدَ إِنَّمَا يَكُونُ بِتَسْلِيمِ المُبْدَل وَتَسْلِيمُهَا بِالوَطْءِ وَلَمْ يُوجَدْ.

(وَلَنَا أَنَّهَا سَلَّمَتْ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الوَاجِبَ لا يَكُونُ إلا مَقْدُورًا وَالمَقْدُورُ لِلمَرْأَةِ تَسْلِيمُ المُبْدَل بِرَفْعِ المَوَانِعِ وَقَدْ وُجِدَ مِنْهَا ذَلِكَ فَيَتَأَكَّدُ حَقُّهَا فِي البَدَل كَمَا فِي البَيْعِ، فَإِنَّ التَّخْلِيَةَ فِيهِ بِرَفْعِ المَوَانِعِ تَسْلِيمٌ يَجِبُ بِهِ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ عَلَى المُشْتَرِي، وَأَمَّا مَا ذُكِرَ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْتَوْفًى بِالوَطْءِ فَصَحِيحٌ لَكِنَّ ذَلِكَ تَسْلِيمٌ وَلَيْسَ فِي قُدْرَةِ المَرْأَةِ ذَلِكَ فَلا تَكُونُ مُكَلَّفَةً بِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا) بَيَانٌ لِمَا يَكُونُ مَانِعًا عَنْ الخَلوَةِ حِسِّيًّا كَانَ أَوْ شَرْعِيًّا. وَقَوْلُهُ (وَقِيل: مَرَضُهُ) حَاصِلُهُ أَنَّ المَرَضَ فِي جَانِبِهَا يَتَنَوَّعُ بِلا خِلافٍ، وَأَمَّا المَرَضُ مِنْ جَانِبِهِ فَقَدْ قِيل إِنَّهُ أَيْضًا يَتَنَوَّعُ، وَقِيل: إِنَّهُ غَيْرُ مُتَنَوِّعٍ وَإِنَّهُ يَمْنَعُ صِحَّةَ الخَلوَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَجَمِيعُ أَنْوَاعِهِ فِي ذَلِكَ عَلَى السَّوَاءِ. قَال الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: هُوَ الصَّحِيحُ. وَوَجْهُهُ مَا قَال المُصَنِّفُ مَرَضُهُ (لا يَعْرَى عَنْ تَكَسُّرٍ وَفُتُورٍ).

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا تَطَوُّعًا فَلَهَا المَهْرُ كُلُّهُ لأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ الإِفْطَارُ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ لا يَلزَمَهُ كُلُّ المَهْرِ لأَنَّهُ يَلزَمُهُ القَضَاءُ عَلَى تَقْدِيرِ الإِفْسَادِ فَلا تَكُونُ الخَلوَةُ صَحِيحَةً كَمَا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ لُزُومَ القَضَاءِ فِي التَّطَوُّعِ عِنْدَنَا لِضَرُورَةِ صِيَانَةِ المُؤَدَّى عَنْ البُطْلانِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا فَلا يُعَدُّ، وَإِلَى إِفْسَادِ الخَلوَةِ، بِخِلافِ قَضَاءِ رَمَضَانَ فَإِنَّ لُزُومَ قَضَائِهِ لَيْسَ كَذَلِكَ بَل هُوَ فَرْضٌ مُطْلَقٌ فَكَانَ أَثَرُهُ عَامًّا.

وَقَوْلُهُ: (وَهَذَا القَوْلُ فِي المَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ) أَيْ الأَخْذُ بِرِوَايَةِ المُنْتَقى فِي حَقِّ

كَمَال المَهْرِ دَفعًا للضَّرَرِ عَنْهَا هُوَ الصَّحِيحُ. وَأَمَّا فِي حَقِّ جَوَازِ الإِفْطَارِ فَالصَّحِيحُ غَيْرُ رِوَايَةِ المُنْتَقَى، وَهُوَ أَنَّهُ لا يُبَاحُ الإِفْطَارُ بِغَيْرِ عُذْرٍ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ المَأْخُوذَ فِي حَقِّ كَمَال المَهْرِ رِوَايَةُ المُنْتَقَى، وَفِي حَقِّ جَوَازِ الإِفْطَارِ الرِّوَايَةُ الأُخْرَى، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِه هُوَ الصَّحِيحُ عَنْ رِوَايَةٍ شَاذَّةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهِيَ أَنَّ صَوْمَ التَّطَوُّعِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الخَلْوَةِ لأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عَنْ الوَطْءِ شَرْعًا لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَال العَمَل المُؤْثِمِ.

(وَإِذَا خَلا المَجبُوبُ بِامرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلهَا كَمَالُ المَهرِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا عَلَيهِ نِصفُ المَهرِ)؛ لأَنَّهُ أَعجزُ مِن المَرِيضِ، بِخِلافِ العِنِّينِ؛ لأَنَّ الحُكمَ أُدِيرَ عَلى سَلامَةِ الآلَةِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُستَحَقَّ عَليهَا التَّسليمُ فِي حَقِّ السَّحقِ وَقَد أَتَت بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَلا المَجْبُوبُ) المَجْبُوبُ هُوَ الَّذِي اُسْتُؤْصِل ذَكَرُهُ وَخُصْيَاهُ مِنْ الجَبِّ وَهُوَ القَطْعُ إِذَا خَلا المَجْبُوبُ (بِامْرَأَتِه ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلهَا كَمَالُ المَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ لأَنَّهُ أَعْجَزُ مِنْ المَرِيضِ) لِوُجُود آلَة الجِمَاعِ فِي المَرِيضِ وَقَدْ يُجَامِعُ بِخِلافِ المَجْبُوبِ، وَالمَرَضُ مَانِعٌ عَنْ الخَلْوَة فَالجَبُّ أَوْلَى (بِخِلافِ العِنِّينِ) فَإِنَّ الوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ العُنَّة مُتَعَذِّرٌ وَسَلامَةُ الآلَة وُجُودُ السَّبَبِ إِلَى الوَطْءِ إِذْ الأَصْلُ السَّلامَةُ فِي الوَصْفِ أَيْضًا فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْه (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُسْتَحَقَّ عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ السَّحْقِ) لأَنَّهُ وَسِعَ مِثْلهَا فِي هَذِهِ الحَالة وَقَدْ أَتَتْ بِمَا وَجَبَ عَلَيْهَا، وَأَمَّا عَدَمُ التَّسْلِيمِ فَذَلكَ لَيْسَ مِنْ جِهَتِهَا كَمَا تَقَدَّمَ.

قَال (وَعَليهَا العِدَّةُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ المَسَائِل) احتِيَاطًا استِحسَانًا لِتَوَهُّمِ الشُّغل، وَالعِدَّةُ حَقُّ الشَّرعِ وَالوَلدِ فَلا يُصَدَّقُ فِي إِبطَال حَقِّ الغَيرِ، بِخِلافِ المَهرِ؛ لأَنَّهُ مَالٌ لا يُحتَاطُ فِي إِيجَابِهِ. وَذَكَرَ القُدُورِيُّ فِي شَرحِهِ أَنَّ المَانِعَ إِن كَانَ شَرعِيًّا كَالصَّومِ وَالحَيضِ تَجِبُ العِدَّةُ لِثُبُوتِ التَّمَكُّنِ حَقِيقَةً، وَإِن كَانَ حَقِيقِيًّا كَالمَرَضِ وَالصِّغَرِ لا تَجِبُ لانعِدَامِ التَّمَكُّنِ حَقِيقَةً.

الشرح:

(وَعَلَيْهَا العِدَّةُ فِي جَمِيعِ هَذِه المَسَائِل) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَتْ الخَلْوَةُ صَحِيحَةً أَوْ فَاسِدَةً (احْتِيَاطًا اسْتِحْسَانًا لِتَوَهُّمِ الشُّغْل وَالعِدَّةُ حَقُّ الشَّرْعِ وَالوَلدِ) أَمَّا أَنَّهَا حَقٌّ

الشَّرْعِ فَيَدُلُّ عَلَيْه أَنَّ الزَّوْجَيْنِ لا يَمْلكَان إسْقَاطَهَا وَالتَّدَاخُلُ يَجْرِي فِيهَا، وَحَقُّ العَبْد لا يَتَدَاخَلُ، وَأَمَّا أَنَّهَا حَقُّ الوَلَد فَلقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّه وَالْيَوْمِ الآخرِ فَلا يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِه**» وَالمَقْصُودُ مِنْهُ رِعَايَةُ نَسَبِ الوَلَد وَهُوَ حَقُّهُ (فَلا يُصَدِّقُ) المَرْأَةَ (فِي إِبْطَال حَقِّ الغَيْر) بِقَوْلهَا لَمْ يَطَأْنِي.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ فَلا يُصَدَّقُ الزَّوْجُ فِي إِبْطَال حَقِّهَا بِقَوْله لَمْ أَطَأْهَا (بِخلافِ المَهْرِ) فَإِنَّهُ لا يَجِبُ بِالخَلوَة الفَاسدَة (لأَنَّهُ مَالٌ لا يُحْتَاطُ فِي إِيجَابِه) قَوْلُهُ (وَذَكَرَ القُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ) أَيْ شَرْحِ مُخْتَصَرِ الكَرْخِيِّ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَال (وَتُستَحَبُّ المُتعَۃُ لكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إلا لمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوجُ قَبل الدُّخُول بِهَا وَقَد سَمَّى لهَا مَهرًا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ لكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إلا لهَذِهِ؛ لأَنَّهَا وَجَبَت صِلَۃً مِن الزَّوجِ؛ لأَنَّهُ أَوحَشَهَا بِالفِرَاقِ، إلا أَنَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ نِصفَ المَهرِ طَرِيقَةُ المُتعَۃِ؛ لأَنَّ الطَّلاقَ فَسخٌ فِي هَذِهِ الحَالۃِ وَالمُتعَۃَ لا تَتَكَرَّرُ.

(وَلنَا أَنَّ المُتعَۃَ خَلفٌ عَن مَهرِ المِثل فِي المُفَوِّضَۃِ)؛ لأَنَّهُ سَقَطَ مَهرُ المِثل وَوَجَبَت المُتعَۃُ، وَالعَقدُ يُوجِبُ العِوَضَ فَكَانَ خَلفًا وَالخَلَفُ لا يُجَامِعُ الأَصل وَلا شَيئًا مِنهُ فَلا تَجِبُ مَعَ وُجُوبِ شَيءٍ مِن المَهرِ، وَهُوَ غَيرُ جَانٍ فِي الإِيحَاشِ فَلا تَلحَقُهُ الغَرَامَۃُ بِهِ فَكَانَ مِن بَابِ الفَضل.

الشرح:

قَال (وَتُسْتَحَبُّ المُتْعَةُ لكُلِّ مُطَلَّقَة إلا لمُطَلَّقَة وَاحدَة وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْل الدُّخُول بهَا وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا وَقَال الشَّافعيُّ: تَجِبُ لكُلِّ مُطَلَّقَة إلا لهَذه) التَّرْكيبُ عَلَى هَذَا الوَجْه هُوَ الَّذي وَقَعَ فِي النُّسَخِ الصَّحيحَة المَوْثُوق بهَا، وَهُوَ كَمَا تَرَى يَقْتَضي أَنْ لا تَكُونَ المُتْعَةُ وَاجبَةً للمُفَوِّضَة الغَيْرِ المَدْخُول بهَا لدُخُولهَا فِي قَوْله لكُلِّ مُطَلَّقَة وَهُوَ يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ منْ قَوْله ثُمَّ هَذه المُتْعَةُ وَاجبَةٌ، وَيَقْتَضي أَنْ لا تَكُونَ المُتْعَةُ للمُسْتَثْنَاة مُسْتَحَبَّةً لأَنَّهُ اسْتَثْنَاهَا منْ الاسْتحْبَاب، وَقَدْ صَرَّحَ باسْتحْبَابهَا لَهَا فِي المَبْسُوط وَالمُحيط وَالحَصْر.

وَزَادَ الفُقَهَاءُ وَجَامعُ الإِسْبِيجَابِيِّ، وَيَقْتَضي أَنْ لا تَكُونَ المُتْعَةُ وَاجبَةً للمُسْتَثْنَاة عنْدَ الشَّافعيِّ لأَنَّهُ اسْتَثْنَاهَا منْ الوُجُوب، وَذَكَرَ فِي الحَصْرِ أَنَّهَا وَاجبَةٌ عنْدَهُ لهَذه

المُسْتَثْنَاة أَيْضًا. وَإِذَا عَرَفْت هَذَا فَاعْلَمْ أَنَّ مَعْنَى كَلَامه: وَتُسْتَحَبُّ المُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَة غَيْرِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ قَبْلُ إلا لِمُطَلَّقَة وَاحِدَة وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ إلَخْ. وَهُوَ اخْتِيَارُ القُدُورِيِّ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي شَرْحِه أَنَّ المُتْعَةَ وَاجِبَةٌ وَمُسْتَحَبَّةٌ. فَالوَاجِبَةُ لِلَّتِي طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول وَالتَّسْمِيَة. وَالمُسْتَحَبَّةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَة إلا الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا وَقَدْ وَقَعَ اخْتِيَارُهُ مُوَافِقًا لِرِوَايَة التُّحْفَة وَمُخَالِفًا لِلكُتُب المَذْكُورَة.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَلَهُ فِي المُسْتَثْنَاة قَوْلان: فِي قَوْله القَدِيم: تَجِبُ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الحَصْرِ، وَفِي الجَدِيد لا تَجِبُ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب وَهُوَ أَصَحُّ القَوْلَيْنِ، فَعَلَى هَذَا كَانَتْ المُتْعَةُ عِنْدَنَا عَلَى ثَلاثَة أَقْسَام: وَاجِبَة، وَمُسْتَحَبَّة، وَغَيْر مُسْتَحَبَّة. لأَنَّ المُطَلَّقَة إمَّا أَنْ تَكُونَ مَلمُوسَةً أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَهْرُهَا مُسَمًّى أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهِيَ الَّتِي وَجَبَتْ لَهَا المُتْعَةُ، وَإِنْ كَانَ فَهِيَ المُسْتَثْنَاةُ الَّتِي لا تُسْتَحَبُّ لَهَا المُتْعَةُ، وَإِنْ كَانَتْ مَلمُوسَةً سَوَاءٌ كَانَ مَهْرُهَا مُسَمًّى أَوْ لَمْ يَكُنْ تُسْتَحَبُّ لَهَا المُتْعَةُ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هِيَ تَنْقَسِمُ إلى وَاجِبَة وَإِلى غَيْرِهَا، وَاسْتَدَلَّ لَهُ فِي الكِتَاب بِقَوْله (لأَنَّهَا وَجَبَتْ) وَهُوَ دَلِيلٌ عَلى وُجُوبِهَا لِكُلِّ مُطَلَّقَة وَعَدَمُهُ لِلمُسْتَثْنَاة. وَتَقْرِيرُهُ: المُتْعَةُ وَجَبَتْ صِلَةً مِنْ الزَّوْجِ لإِيحَاشِهَا بِالفِرَاق، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَجِبُ لِكُلِّ مَنْ أُوحِشَتْ بِه، فَالمُتْعَةُ تَجِبُ لِكُلِّ مُطَلَّقَة لأَنَّهَا أُوحِشَتْ بِالفِرَاق (إلا أَنَّ فِي هَذِه الصُّورَة) يَعْنِي المُسْتَثْنَاةَ (نِصْفَ المَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتْعَة لأَنَّ الطَّلاقَ فَسْخٌ) مَعْنًى (فِي هَذِه الحَالَة) لِعَوْد مَالهَا إلَيْهَا سَالِمًا، وَذَلِكَ يَقْتَضِي سُقُوطَ المَهْرِ كُلِّه كَمَا فِي فَسْخِ البَيْع.

لكِنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ نِصْفَ المَهْرِ بِطَرِيقِ المُتْعَة (وَالمُتْعَةُ لا تَتَكَرَّرُ) فَلا تَجِبُ المُتْعَةُ لِهَذِه المُطَلَّقَة وَتَجِبُ لِغَيْرِهَا، وَإِنَّمَا قَال: وَجَبَتْ صِلَةً احْتِرَازًا عَنْ قَوْلنَا إنَّ المَهْرَ عِوَضٌ وَالمُتْعَةَ خَلَفٌ عَنْهُ. وَالفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي مَسْأَلَتَيْنِ: **إحْدَاهُمَا**: أَنَّ المُطَلَّقَةَ بَعْدَ الدُّخُول بِهَا لا تَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ عِنْدَنَا لأَنَّهَا قَدْ اسْتَحَقَّتْ عِوَضَ مَنَافِعِ البُضْع مَرَّةً فَلا تَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ، وَعِنْدَهُ تَسْتَحِقُّ لأَنَّهَا وَجَبَتْ صِلَةً بِسَبَبِ الإِيحَاشِ فَيَجِبُ المَهْرُ لاسْتِيفَاء مَنَافِعِ البُضْع وَالمُتْعَةُ لِوَحْشَة الفِرَاق. وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ المُتْعَةَ لا تُزَادُ عَلى نِصْف المَهْرِ عِنْدَنَا لِئَلا يَزِيدَ الخَلَفُ عَلى الأَصْل. وَعِنْدَهُ تُزَادُ.

(وَلنَا أَنَّ المُتْعَةَ خَلَفٌ عَنْ مَهْرِ المِثْل فِي المُفَوِّضَة) لِوُجُود حَدِّ الخَلَفِ لأَنَّ مَهْرَ المِثْل

سَقَطَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَوَجَبَتْ الْمُتْعَةُ، وَالحَالُ أَنَّ العَقْدَ يُوجِبُ العِوَضَ لا يَنْفَكُّ عَنْهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ [النساء: ٢٤] عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ، فَكَانَ وُجُوبُ الْمُتْعَةِ مُضَافًا إِلَى العَقْدِ بَعْدَ مَهْرِ المِثْلِ، وَلا يَعْنِي بِالخَلَفِ إِلا مَا يَجِبُ بَعْدَ سُقُوطِ شَيْءٍ مُضَافًا إِلَى سَبَبِ ذَلِكَ الشَّيْءِ كَالتَّيَمُّمِ مَعَ الوُضُوءِ فَثَبَتَ أَنَّهَا خَلَفٌ (وَالخَلَفُ لا يُجَامِعُ الأَصْلَ) فَالْمُتْعَةُ لا تُجَامِعُ مَهْرَ المِثْلِ وَلا شَيْئًا مُتَّصِلا بِهِ كَكُلِّ المَفْرُوضِ عِنْدَ الطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْضِ المَفْرُوضِ عِنْدَهُ قَبْلَهُ.

وَاعْلَمْ أَنَّهُ قِيلَ فِي تَوْجِيهِ كَلَامِهِ: إِنَّ الْمُرَادَ بِالأَصْلِ كُلُّ المَفْرُوضِ، كَمَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالتَّسْمِيَةِ، وَبِقَوْلِهِ شَيْئًا مِنْهُ نِصْفُ المَفْرُوضِ كَمَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَ التَّسْمِيَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مُنْقَطِعًا عَنْ الكَلَامِ الأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُهُ الْمُتْعَةُ خَلَفٌ عَنْ مَهْرِ المِثْلِ، فَإِنَّ قِيَاسَهُ هَكَذَا الْمُتْعَةُ خَلَفٌ عَنْ مَهْرِ المِثْلِ، وَالخَلَفُ لا يُجَامِعُ الأَصْلَ فَالْمُتْعَةُ لا تُجَامِعُ الأَصْلَ، وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ ذِكْرُ التَّسْمِيَةِ كَمَا تَرَى، وَلَيْسَ الْمُدَّعَى إِلا عَدَمَ وُجُوبِ الْمُتْعَةِ مَعَ وُجُوبِ الْمُسَمَّى أَوْ بَعْضِهِ وَمَعَ وُجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ.

فَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الأَصْلُ هُوَ مَهْرُ المِثْلِ وَالْمُتْعَةُ لا تُجَامِعُهُ وُجُوبًا، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَلا شَيْئًا مِنْهُ الْمُسَمَّى وَبَعْضُهُ وَمَنْ هِيَ مِنَ الْمُتَّصِلَةِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ ٱلْمُنَـٰفِقُونَ وَٱلْمُنَـٰفِقَـٰتُ بَعْضُهُم مِّنۢ بَعْضٍ ﴾ [التوبة: ٧٦] أَيْ بَعْضُهُمْ مُتَّصِلٌ بِبَعْضٍ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَالخَلَفُ وَهُوَ الْمُتْعَةُ لا يُجَامِعُ الأَصْلَ وُجُوبًا وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وَلا يُجَامِعُ شَيْئًا مُتَّصِلا بِالأَصْلِ وَهُوَ كُلُّ الْمُسَمَّى بَعْدَ الدُّخُولِ وَبَعْضُهُ قَبْلَهُ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ وَلا شَيْئًا مِنْهُ مُلْحَقًا بِالثَّابِتِ بِالقِيَاسِ الْمُتَقَدِّمِ لا أَنَّهُ مِنْ نَتِيجَتِهِ لأَنَّهُ لَمْ يُذْكَرْ فِي مُقَدِّمَاتِهِ، لَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ مُتَّصِلا بِهِ أُلْحِقَ بِحُكْمِهِ، وَمَعْنَى الاتِّصَالِ بَيْنَ مَهْرِ المِثْلِ وَالْمُسَمَّى أَنَّ كُلا مِنْهُمَا يَقَعُ أَمْثَالا لِمَا هُوَ المَهْرُ عِنْدَ اللَّهِ وَبَيَانٌ لَهُ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ.

وَيُعَضِّدُ هَذَا قَوْلُهُ فِي آخِرِ كَلَامِهِ (فَلا تَجِبُ مَعَ وُجُوبِ شَيْءٍ مِنْ المَهْرِ) لِتَنَاوُلِ مَهْرِ المِثْلِ وَكُلِّ الْمُسَمَّى وَبَعْضِهِ، هَذَا الَّذِي سَنَحَ لِي فِي حَلِّ هَذَا المَوْضِعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ غَيْرُ جَانٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْحَشَهَا بِالفِرَاقِ. وَتَقْرِيرُهُ: سَلَّمْنَا أَنَّهُ أَوْحَشَهَا

بالفِرَاقِ لكِنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي الإِيحَاشِ جَانِيًا لأَنَّهُ فَعَل مَا فَعَل بِإِذْنِ الشَّرْعِ (فَلا تَلحَقُهُ الغَرَامَةُ) بِوُجُوبِ المُتْعَةِ (فَكَانَ) المُتْعَةُ بِتَأْوِيل المَتَاعِ (مِنْ بَابِ الفَضْلِ) أَيْ الاسْتِحْبَابِ.

(وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ بِنتَه عَلى أَن يُزَوِّجَهُ الآخَرُ بِنتَهُ أَو أُختَهُ ليَكُونَ أَحَدُ العَقدَينِ عِوَضًا عَن الآخَرِ فَالعَقدَانِ جَائِزَانِ، وَلكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنهُمَا مَهرُ مِثلهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: بَطَل العَقدَانِ؛ لأَنَّهُ جَعَل نِصفَ البُضعِ صَدَاقًا وَالنِّصفَ مَنكُوحَةً، وَلا اشتِرَاكَ فِي هَذَا البَابِ فَبَطَل الإِيجَابُ. وَلنَا أَنَّهُ سَمَّى مَا لا يَصلُحُ صَدَاقًا فَيَصِحُّ العَقدُ وَيَجِبُ مَهرُ المِثل كَمَا إِذَا سَمَّى الخَمرَ وَالخِنزِيرَ وَلا شَرِكَةَ بِدُونِ الاستِحقَاقِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ) وَإِذَا زَوَّجَ رَجُلان كُلٌّ مِنْهُمَا بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ للآخَرِ بِشَرْطِ أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ صَحَّ النِّكَاحُ عِنْدَنَا وَلكُلٍّ مِنْهُمَا مَهْرُ المِثْل، وَيُسَمَّى هَذَا النِّكَاحُ نِكَاحَ الشِّغَارِ مِنْ الشُّغُورِ وَهُوَ الرَّفْعُ وَالإِخْلاءُ، وَسُمِّيَ بِهِ لأَنَّهُمَا بِهَذَا الشَّرْطِ كَأَنَّهُمَا رَفَعَا المَهْرَ وَأَخْلَيَا البُضْعَ عَنْهُ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: النِّكَاحَان بَاطلانِ لأَنَّهُ جَعَل نِصْفَ البُضْعِ صَدَاقًا وَالنِّصْفَ مَنْكُوحَةً، لأَنَّهُ لَمَّا جَعَل ابْنَتَهُ مَنْكُوحَةَ الآخَرِ وَصَدَاقَ ابْنَته اقْتَضَى ذَلكَ انْقِسَامَ مَنَافِعِ بُضْعِهَا عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، فَيَصِيرُ النِّصْفُ للزَّوْجِ بِحُكْمِ النِّكَاحِ وَالنِّصْفُ لبِنْته بِحُكْمِ المَهْرِ فَيَلزَمُ الاشْتِرَاكُ، وَالاشْتِرَاكُ فِي هَذَا البَابِ مُبْطِلٌ للإِيجَابِ (وَلنَا أَنَّهُ سَمَّى مَا لا يَصِحُّ صَدَاقًا) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ صَحَّ العَقْدُ فِيهِ وَوَجَبَ مَهْرُ المِثْل (كَمَا إِذَا سَمَّى الخَمْرَ وَالخِنْزِيرَ) وَقَوْلُهُ (وَلا شَرِكَةَ بِدُونِ الاسْتِحْقَاقِ) جَوَابُ الخَصْمِ.

وَبَيَانُهُ أَنَّ البُضْعَ لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ صَدَاقًا لَمْ يَتَحَقَّقْ الاشْتِرَاكُ لأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِ المَرْأَةِ لا تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لامْرَأَةٍ أُخْرَى فَبَقِيَ هَذَا شَرْطًا فَاسِدًا، وَالنِّكَاحُ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

(وَإِن تَزَوَّجَ حُرٌّ امرَأَةً عَلى خِدمَتِهِ إِيَّاهَا سَنَةً أَو عَلى تَعلِيمِ القُرآنِ فَلهَا مَهرُ مِثلهَا، وَقَال مُحَمَّدٌ: لهَا قِيمَةُ خِدمَتِهِ، وَإِن تَزَوَّجَ عَبدٌ امرَأَةً بِإِذنِ مَولاهُ عَلى خِدمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلهَا خِدمَتُهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهَا تَعلِيمُ القُرآنِ وَالخِدمَةُ فِي الوَجهَينِ؛ لأَنَّ مَا يَصِحُّ أَخذُ العِوَضِ عَنهُ بِالشَّرطِ يَصلُحُ مَهرًا عِندَهُ؛ لأَنَّ بِذَلكَ تَتَحَقَّقُ المُعَاوَضَةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا

تَزَوَّجَهَا عَلى خِدمَةِ حُرٍّ آخَرَ أَو عَلى رَعيِ الزَّوجِ غَنَمَهَا.

وَلنَا أَنَّ المَشرُوعَ هُوَ الابتِغَاءُ بِالمَالِ وَالتَّعليمُ ليسَ بِمَالٍ وَكَذَلكَ المَنَافِعُ عَلى أَصلنَا وَخِدمَةُ العَبدِ ابتِغَاءً بِالمَالِ لتَضَمُّنِهِ تَسليمَ رَقَبَتِهِ وَلا كَذَلكَ الحُرُّ، وَلأَنَّ خِدمَةَ الزَّوجِ الحُرِّ لا يَجُوزُ استِحقَاقُهَا بِعَقدِ النِّكَاحِ لمَا فِيهِ مِن قَلبِ المَوضُوعِ، بِخِلافِ خِدمَةِ حُرٍّ آخَرَ بِرِضَاهُ؛ لأَنَّهُ لا مُنَاقَضَةَ، وَبِخِلافِ خِدمَةِ العَبدِ؛ لأَنَّهُ يَخدُمُ مَولاهُ مَعنًى حَيثُ يَخدُمُهَا بِإِذنِهِ وَبِأَمرِهِ، وَبِخِلافِ رَعيِ الأَغنَامِ؛ لأَنَّهُ مِن بَابِ القِيَامِ بِأُمُورِ الزَّوجِيَّةِ فَلا مُنَاقَضَةَ عَلى أَنَّهُ مَمنُوعٌ فِي رِوَايَةٍ، ثُمَّ عَلى قَولِ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَةُ الخِدمَةِ؛ لأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ إلا أَنَّهُ عَجَزَ عَن التَّسليمِ لمَكَانِ المُنَاقَضَةِ فَصَارَ كَالتَّزَوُّجِ عَلى عَبدِ الغَيرِ.

وَعَلى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَجِبُ مَهرُ المِثلِ؛ لأَنَّ الخِدمَةَ ليسَت بِمَالٍ إذ لا تُستَحَقُّ فِيهِ بِحَالٍ فَصَارَ كَتَسمِيَةِ الخَمرِ وَالخِنزِيرِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ تَقَوُّمَهُ بِالعَقدِ للضَّرُورَةِ، فَإِذَا لم يَجِب تَسليمُهُ بِالعَقدِ لم يَظهَر تَقَوُّمُهُ فَيَبقَى الحُكمُ للأَصلِ وَهُوَ مَهرُ المِثلِ.

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِه لَهَا سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ القُرْآنِ صَحَّ النِّكَاحُ وَلَهَا مَهْرُ المِثْل. وَقَال مُحَمَّدٌ: لَهَا قِيمَةُ خِدْمَتِه سَنَةً وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ امْرَأَةً بِإِذْنِ مَوْلاهُ عَلَى خِدْمَتِه لَهَا سَنَةً جَازَ وَلَهَا الخِدْمَةُ، وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَهَا تَعْلِيمُ القُرْآنِ وَالخِدْمَةُ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ عَبْدًا أَوْ حُرًّا (لأَنَّ مَا يَصِحُّ أَخْذُ العِوَضِ عَنْهُ بِالشَّرْطِ يَصْلُحُ مَهْرًا) لأَنَّ المُعَاوَضَةَ تَتَحَقَّقُ بِذَلكَ، وَالتَّعْلِيمُ وَالخِدْمَةُ كَذَلكَ لأَنَّهُ إذَا اسْتَأْجَرَ شَخْصًا عَلَى تَعْلِيمِ القُرْآنِ أَوْ الأَذَانِ أَوْ الإِقَامَةِ جَازَ عِنْدَهُ.

(فَصَارَ كَمَا إذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ أَوْ عَلَى رَعْيِ الزَّوْجِ غَنَمَهَا. وَلَنَا أَنَّ المَشْرُوعَ) فِي عَقْدِ النِّكَاحِ (هُوَ الابْتِغَاءُ بِالمَالِ) لقَوْلِه تَعَالى ﴿ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ [النساء: ٢٤] (وَالتَّعْلِيمُ لَيْسَ بِمَالٍ) فَلا يَكُونُ الابْتِغَاءُ بِه مَشْرُوعًا (وَكَذَلكَ المَنَافِعُ عَلَى أَصْلنَا) لأَنَّهَا لا تَبْقَى زَمَانَيْنِ، وَالتَّمَوُّلُ يَعْتَمِدُ البَقَاءَ زَمَانَيْنِ فَلا تَكُونُ الخِدْمَةُ مَالا فَلا يَكُونُ الابْتِغَاءُ بِه مَشْرُوعًا (وَخِدْمَةُ العَبْدِ ابْتِغَاءٌ بِالمَالِ لتَضَمُّنِه تَسْلِيمَ رَقَبَةِ العَبْدِ) كَمَا فِي الإِجَارَةِ (وَلا كَذَلكَ الحُرُّ).

وَعَلى هَذِهِ النُّكْتَةِ يُمْنَعُ جَوَازُ النِّكَاحِ عَلى خِدْمَةِ حُرٍّ آخرَ وَرَعْيِ الغَنَمِ، وَلأَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ لا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ (لِمَا فِيهِ مِنْ قَلبِ المَوْضُوعِ) لأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ خَادِمَةً وَالزَّوْجُ مَخْدُومًا لقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**النِّكَاحُ رِقٌّ**» وَفِي جَعْلِ خِدْمَةِ الزَّوْجِ مَهْرًا لَهَا كَوْنُ الرَّجُلِ خَادِمًا وَالمَرْأَةِ مَخْدُومَةً وَذَلِكَ خِلافُ مَوْضُوعِ النِّكَاحِ بِلا خِلافٍ (بِخِلافِ خِدْمَةِ حُرٍّ آخرَ بِرِضَاهُ) فَإِنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا لأَنَّهُ يُسَلِّمُ فِيهِ رَقَبَتَهُ كَالمُسْتَأْجَرِ، وَلا مُنَاقَضَةَ فِيهِ عَلى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

(وَبِخِلافِ خِدْمَةِ العَبْدِ لأَنَّهُ يَخْدُمُ المَوْلى مَعْنًى حَيْثُ يَخْدُمُهَا بِإِذْنِهِ وَأَمْرِهِ) بِالنِّكَاحِ وَهَذَا مُسْتَغْنًى عَنْهُ ظَاهِرًا لأَنَّهُ عُلِمَ الجَوَابُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ وَخِدْمَةُ العَبْدِ ابْتِغَاءٌ بِالمَالِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: ذَكَرَ المُصَنِّفُ عَلى المُدَّعَى دَلِيلَيْنِ: **أَحَدُهُمَا**: قَوْلُهُ المَشْرُوعُ هُوَ الابْتِغَاءُ بِالمَالِ، **وَالثَّانِي**: قَوْلُهُ وَلأَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ الحُرِّ، فَذَكَرَ العَبْدُ مَرَّةً بِاعْتِبَارِ الأَوَّلِ وَأُخْرَى بِاعْتِبَارِ الثَّانِي.

(وَبِخِلافِ رَعْيِ الغَنَمِ لأَنَّهُ مِنْ بَابِ القِيَامِ بِأُمُورِ الزَّوْجِيَّةِ فَلا مُنَاقَضَةَ عَلى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي رِوَايَةٍ) وَفِي عِبَارَةِ المُصَنِّفِ تَسَامُحٌ لأَنَّهُ قَالَ فِي الدَّلِيلِ: وَلَنَا أَنَّ المَشْرُوعَ هُوَ الابْتِغَاءُ بِالمَالِ وَالتَّعْلِيمُ لَيْسَ بِمَالٍ، وَكَذَا المَنَافِعُ عَلى أَصْلِنَا، فَإِنْ كَانَ مُحَمَّدٌ دَاخِلا فِي قَوْلِهِ وَلَنَا فَقَوْلُهُ (ثُمَّ عَلى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَةُ الخِدْمَةِ لأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ) يُنَاقِضُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَاخِلا كَانَ المُنَاسِبُ وَلَهُمَا دَفْعًا للالتِبَاسِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ دَاخِلٌ بِالنِّسْبَةِ إلى تَعْلِيمِ القُرْآنِ فَقَالَ: وَلَنَا وَلَيْسَ بِدَاخِلٍ بِالنِّسْبَةِ إلى الخِدْمَةِ فَقَالَ فِي الآخِرِ ثُمَّ عَلى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَةُ الخِدْمَةِ لأَنَّ المُسَمَّى وَهُوَ الخِدْمَةُ مَالٌ عِنْدَ العَقْدِ.

(إلا أَنَّهُ عَجَزَ عَنْ التَّسْلِيمِ لِمَكَانِ المُنَاقَضَةِ فَصَارَ كَالتَّزَوُّجِ عَلى عَبْدِ الغَيْرِ، وَعَلى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ لأَنَّ الخِدْمَةَ) أَيْ خِدْمَةَ الحُرِّ (لَيْسَتْ بِمَالٍ إذْ لا تُسْتَحَقُّ فِيهِ) أَيْ لا تُسْتَحَقُّ الخِدْمَةُ فِي النِّكَاحِ (بِحَالٍ) وَلَوْ كَانَتْ مَالا لاسْتُحِقَّتْ لأَنَّهُ وُجِدَ المُقْتَضِي وَهُوَ العَقْدُ الصَّادِرُ مِنْ الأَهْلِ المُضَافِ إلى المَحَلِّ، وَانْتَفَى المَانِعُ وَهُوَ كَوْنُ المَهْرِ غَيْرَ مَالٍ.

وَذَكَرَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ أَنَّ سَمَاعَهُ فِي هَذَا المَكَانِ بِكَلِمَةِ " أَوْ " هَكَذَا أَوْ لا تُسْتَحَقُّ فِيهِ بِحَالٍ، وَهُوَ حَسَنٌ لِمَعْنَيَيْنِ: **أَحَدُهُمَا**: أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ قَوْلِهِ؛ (لأَنَّ

الخِدْمَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ)، وَقَوْلُهُ: (أَوْ لا تُسْتَحَقُّ بِحَالٍ) فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى وُجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ، وَيَكُونُ الأَوَّلُ إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ: (وَلَنَا أَنَّ المَشْرُوعَ هُوَ الابْتِغَاءُ بِالمَالِ)، وَالثَّانِي إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ (وَلأَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ الحُرِّ لا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ النِّكَاحِ).

وَالمَعْنَى الثَّانِي: أَنَّ قَوْلَهُ: (إِذْ لا تُسْتَحَقُّ فِيهِ بِحَالٍ) لا دَلالَةَ لَهُ عَلَى أَنَّ الخِدْمَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ إِلا بِمَا يَنْفِيهِ مِنْ وُجُودِ المُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ المَانِعِ، وَهُوَ لا يَتِمُّ لأَنَّ لِلخَصْمِ أَنْ يَقُولَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَالا لاسْتُحِقَّتْ فِيهِ، وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهُ وُجِدَ المُقْتَضِي وَانْتَفَى المَانِعُ) وَهُوَ كَوْنُ المَهْرِ غَيْرَ مَالٍ يَقُولُ المَانِعُ غَيْرُ مُنْحَصِرٍ فِي ذَلِكَ بَل كَوْنُهُ مُفْضِيًا إِلَى المُنَاقَضَةِ مَانِعٌ آخَرُ عَنْ الاسْتِحْقَاقِ لَكِنْ سَمَاعِي بِكَلِمَةِ إِذْ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: قَوْلُهُ: (وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) مُسْتَغْنًى عَنْهُ لأَنَّهُ عُلِمَ ذَلِكَ مِنْ الدَّلِيلِ فِي مَطْلَعِ البَحْثِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ أَعَادَهُ تَمْهِيدًا لِبَيَانِ التَّعْلِيلِ بِقَوْلِهِ (وَهَذَا) أَيْ وُجُوبُ مَهْرِ المِثْلِ (لأَنَّ تَقَوُّمَهُ بِالعَقْدِ لِلضَّرُورَةِ) أَيْ لأَنَّ تَقَوُّمَ المُسَمَّى وَهُوَ الخِدْمَةُ لِضَرُورَةِ حَاجَةِ النَّاسِ فِي العُقُودِ وَهِيَ إِنَّمَا تَنْدَفِعُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى المُحْتَاجِ (فَإِذَا لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهُ فِي هَذَا العَقْدِ) لِمَكَانِ التَّنَاقُضِ (لَمْ يَظْهَرْ تَقَوُّمُهُ فَيَبْقَى الحُكْمُ لِلأَصْلِ وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ) وَلَوْ قَالَ فَإِذَا لَمْ يَجُزْ تَسْلِيمُهُ كَانَ أَوْلَى فَتَأَمَّلْ.

(فَإِن تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلفٍ فَقَبَضَتهَا وَوَهَبَتهَا لهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا رَجَعَ عَلَيهَا بِخَمسِمِائَةٍ)؛ لأَنَّهُ لم يَصِل إِليهِ بِالهِبَةِ عَينُ مَا يَستَوجِبُهُ؛ لأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لا تَتَعَيَّنَانِ فِي العُقُودِ وَالفُسُوخِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَهرُ مَكِيلا أَو مَوزُونًا أَو شَيئًا آخَرَ فِي الذِّمَّةِ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا (فَإِن لم تَقبِض الأَلفَ حَتَّى وَهَبَتهَا لهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا لم يَرجِع وَاحِدٌ مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيءٍ. وَفِي القِيَاسِ يَرجِعُ عَلَيهَا بِنِصفِ الصَّدَاقِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ)؛ لأَنَّهُ سَلَّمَ المَهرَ لهُ بِالإِبرَاءِ فَلا تَبرَأُ عَمَّا يَستَحِقُّهُ بِالطَّلاقِ قَبل الدُّخُول.

وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ وَصَل إِليهِ عَينُ مَا يَستَحِقُّهُ بِالطَّلاقِ قَبل الدُّخُول وَهُوَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ عَن نِصفِ المَهرِ، وَلا يُبَالِي بِاختِلافِ السَّبَبِ عِندَ حُصُول المَقصُودِ (وَلو قَبَضَت خَمسَمِائَةٍ ثُمَّ وَهَبَت الأَلفَ كُلَّهَا المَقبُوضَ وَغَيرَهُ أَو وَهَبَت البَاقِيَ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا لم يَرجِع وَاحِدٌ مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيءٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: رَجَعَ عَلَيهَا بِنِصفِ مَا قَبَضَت) اعتِبَارًا لِلبَعضِ بِالكُلِّ، وَلأَنَّ هِبَةَ البَعضِ حَطٌّ فَيَلتَحِقُ بِأَصل العَقدِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَقصُودَ الزَّوجِ قَد حَصَلَ وَهُوَ سَلَامَةُ نِصفِ الصَّدَاقِ بِلَا عِوَضٍ فَلَا يَستَوجِبُ الرُّجُوعَ عِندَ الطَّلَاقِ. وَالحَطُّ لَا يَلتَحِقُ بِأَصلِ العَقدِ فِي النِّكَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الزِّيَادَةَ فِيهِ لَا تَلتَحِقُ حَتَّى لَا تَتَنَصَّفُ، وَلَو كَانَت وَهَبَت أَقَلَّ مِن النِّصفِ وَقَبَضَت البَاقِيَ، فَعِندَهُ يَرجِعُ عَلَيهَا إلَى تَمَامِ النِّصفِ. وَعِندَهُمَا بِنِصفِ المَقبُوضِ

الشرح:

قَال (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلف) هَذِهِ المَسْأَلةُ تَنْقَسِمُ بالقِسْمَةِ الأَوَّلِيَّة عَلى قِسْمَيْنِ: إمَّا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلى مَا لا يَتعَيَّنُ بِالتَّعَيُّنِ كَالنُّقُود أَوْ عَلى مَا يَتَعَيَّنُ بِهِ كَالعُرُوضِ وَالحِنْطَة وَالشَّعير، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ منْهُمَا عَلى وَجْهَيْنِ: إمَّا أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ مَقْبُوضًا لَهَا، أوْ لَمْ يَكُنْ، وَكُلُّ وَاحِدٍ منْهُمَا عَلى وَجْهَيْنِ: إمَّا أَنْ تَهَبَ المَرْأَةُ الكُلَّ أَوْ البَعْضَ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلى مَا لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيين وَهُوَ أَلفُ دِرْهَمٍ فَقَبَضَتْهَا ثُمَّ وَهَبَتْهَا للزَّوْجِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِخَمْسمائَة دِرْهَمٍ لأَنَّ الزَّوْجَ يَسْتَوْجبُ عَلَيْهَا الرُّجُوعَ بِنصْفِ مَا قَبضَتْ مَهْرًا بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول فَإِنَّهُ يُنَصِّفُ الصَّدَاقَ بالنَّصِّ وَلَمْ يَصِل إلَيْه عَيْنُ مَا يَسْتَوْجبُهُ بالهِبَة لأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانيرَ لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيين فِي العُقُود وَالفُسُوخ فَكَانَتْ هِبَةً، هَذِهِ الأَلفُ كَهِبَة أَلفٍ أُخْرَى، وَإِذَا لَمْ يَصِل إلَيْه عَيْنُ مَا اسْتَوْجَبَهُ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ.

(وَكَذَا إذَا كَانَ المَهْرُ مَكِيلا أَوْ مَوْزُونًا أَوْ شَيْئًا آخرَ فِي الذِّمَّة) غَيْرَ الدَّرَاهِمِ فَقَبَضَتْهُ ثُمَّ وَهَبَتْهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ ذَلكَ لعَدَمِ التَّعَيُّنِ وَلهَذَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا رَدُّ عَيْنِ مَا قَبَضَتْ.

(فَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ الأَلفَ حَتَّى وَهَبَتْهَا لهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول لَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلى الآخَرِ بشَيْءٍ، وَفِي القِيَاس يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنصْف الصَّدَاق وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لأَنَّهُ سَلَّمَ لهُ المَهْرَ بالإِبْرَاءِ) وَمَا سُلِّمَ لهُ بالإِبْرَاء غَيْرُ مَا يَسْتَحقُّهُ بالطَّلاق وَهُوَ بَرَاءَةُ ذمَّته عَمَّا عَلَيْه منْ نِصْف المَهْرِ بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول فَالزَّوْجُ سَلَّمَ لهُ غَيْرَ مَا يَسْتَحقُّهُ (فَلا تَبْرَأُ) المَرْأَةُ (عَمَّا يَسْتَحقُّهُ) وَجْهُ الاسْتحْسَان أَنَّ مَا يَسْتَحقُّهُ الزَّوْجُ بالطَّلاق هُوَ بَرَاءَةُ ذمَّته عَنْ نِصْف المَهْرِ وَقَدْ وَصَل إلَيْه ذَلكَ لكنْ بسَبَبٍ آخرَ وَهُوَ الإِبْرَاءُ.

(وَلا يُبَالي باخْتلافِ السَّبَبِ عِنْدَ حُصُول المَقْصُود) لأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُود بِنَفْسه كَمَنْ

يَقُولُ لآخَرَ: لك عَليَّ أَلفُ دِرْهَمٍ ثَمَنُ هَذه الجَارِيَة الَّتي اشْتَرَيْتهَا منْك، وَقَال الآخَرُ: الجَارِيَةُ جَارِيَتُك وَلِيَ عَلَيْك أَلفُ دِرْهَمٍ لزِمَهُ المَالُ لِحُصُول المَقْصُود وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي السَّبَبِ وَهُوَ بَيْعُ الجَارِيَة (وَلوْ قَبَضَتْ خَمْسَمائَة ثُمَّ وَهَبَتْ الأَلفَ كُلَّهَا المَقْبُوضَ وَغَيْرَهُ أَوْ وَهَبَتْ البَاقِيَ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ منْهُمَا عَلى صَاحبه بِشَيْءٍ عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ. وَقَالا: يَرْجِعُ عَليْهَا بنصْف مَا قَبَضَتْ اعْتبَارًا للبَعْضِ بالكُلِّ) فَلوْ قَبَضَتْ الكُلَّ ثُمَّ وَهَبَتْ للزَّوْجِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول رَجعَ عنْدَنَا عَلَيْهَا بِنصْفِ مَا قَبَضَتْ فَكَذَا إِذَا قَبَضَتْ البَعْضَ.

(وَلأَنَّ هبَةَ البَعْضِ) الَّذي لَمْ يَقْبِضْهُ (حَطٌّ) وَالحَطُّ يَلتَحقُ بأَصْل العَقْد فَكَأَنَّهُ تَزَوَّجهَا ابْتداءً عَلى الخَمْسمائَة المَقْبُوضَة. (وَلأَبِي حَنيفَةَ أَنَّ مَقْصُودَ الزَّوْجِ) وَهُوَ سَلامَةُ نِصْفِ الصَّدَاق بلا عِوَضٍ (قَدْ حَصَل قَبْل الطَّلاق فَلا يَسْتَوْجبُ الرُّجُوعَ بَعْدَ الطَّلاق) كَمَنْ لهُ عَلى آخرَ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ فَاسْتَعْجَل قَبْل حُلُول الأَجَل، وَفَائدَةُ قَوْله بِلا عِوَضٍ سَتَظْهَرُ فِيمَا إِذَا بَاعَتْ منْ زَوْجهَا.

وَقَوْلُهُ: (وَالحَطُّ) جوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا وَلأَنَّ هبَةَ البَعْضِ حَطٌّ وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الحَطَّ إِنَّمَا يَلتَحقُ بأَصْل العَقْد إِذَا كَانَ العَقْدُ عَقْدَ مُغَابَنَة يَحْتَاجُ إِلى دَفْعِ الغَبْنِ عَنْ أَحَد الجَانِبَيْنِ بالزِّيَادَة أَوْ الحَطِّ وَالنِّكَاحُ لَيْسَ كَذَلكَ وَاسْتَوْضَحَ المُصَنِّفُ بقَوْله (أَلا تَرَى أَنَّ الزِّيَادَةَ) يَعْنِي أَنَّ الحَطَّ وَالزِّيَادَةَ سيَّان فِي الالتحَاق بأَصْل العَقْد، وَالزِّيَادَةُ فِي النِّكَاحِ لَمْ تَلتَحقْ بأَصْل العَقْد حَتَّى لا تَتَنَصَّفَ الزِّيَادَةُ مَعَ الأَصْل بالاتِّفَاق فَكَذَلكَ الحَطُّ.

(وَلوْ كَانَتْ وَهَبَتْ أَقَلَّ منْ النِّصْف وَقَبَضَتْ البَاقِيَ) مثْلُ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلى أَلفٍ فَوَهَبَتْ المَرْأَةُ مائَتَيْنِ وَقَبَضَتْ البَاقِيَ؛ فَعنْدَ أَبِي حَنيفَةَ يَرْجعُ عَليْهَا بثَلاثمائَة دِرْهَمٍ حَتَّى يَتمَّ النِّصْفُ، وَعنْدَهُمَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِأَرْبَعمائَة دِرْهَمٍ لأَنَّ عنْدَهُ مَا سُلِّمَ للزَّوْجِ مُعْتَبَرٌ وَعنْدَهُمَا المَقْبُوضُ مُعْتَبَرٌ فَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَها عَلى مَا قَبَضَتْ فَيَتَنَصَّفُ المَقْبُوضُ وَهُوَ ثَمانُمائَة.

(وَلو كَانَ تَزَوَّجَهَا عَلى عَرَضٍ فَقَبَضَتهُ أَو لَم تَقبِض فَوَهَبَت لهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا لم يَرجِع عَليهَا بِشَيءٍ) وَفِي القِيَاسِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ يَرجِعُ عَليهَا بِنِصفِ قِيمَتِهِ؛ لأَنَّ الوَاجِبَ فِيهِ رَدُّ نِصفِ عَينِ المَهرِ عَلى مَا مَرَّ تَقرِيرُهُ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ حَقَّهُ

عِندَ الطَّلَاقِ سَلَامَةُ نِصفِ المَقبُوضِ مِن جِهَتِهَا وَقَد وَصَلَ إليهِ وَلِهَذَا لم يَكُن لهَا دَفعُ شَيءٍ آخَرَ مَكَانَهُ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ المَهرُ دَينًا، وَبِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَت مِن زَوجِهَا؛ لأنَّهُ وَصَلَ إليهِ بِبَدَلٍ.

وَلو تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ أَو عُرُوضٍ فِي الذِّمَّةِ فَكَذَلكَ الجوَابُ؛ لأنَّ المَقبُوضَ مُتَعَيِّنٌ فِي الرَّدِّ وَهَذَا؛ لأنَّ الجهَالَةَ تَحمَّلت فِي النِّكَاحِ فَإذَا عَيَّنَ فِيهِ يَصِيرُ كَأَنَّ التَّسمِيَةَ وَقَعَت عَلَيهِ.

الشرح:

(وَلوْ كَانَ تَزَوَّجَهَا عَلى عَرَضٍ فَقَبَضَتْهُ أَوْ لَمْ تَقْبِضْ فَوَهَبَتْ لهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ وَفِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنصْف قِيمَته لأَنَّ الوَاجِبَ فِيهِ رَدُّ نِصْفِ عَيْنِ المَهْرِ عَلى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ) يَعْنِي فِي قَوْله لأَنَّهُ سُلِّمَ لَهُ المَهْرُ بالإِبْرَاءِ فَلا تَبْرَأُ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ (وَجْهُ الاسْتِحْسَان) مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ حَقَّهُ عِنْدَ الطَّلاق سَلامَةُ نِصْفِ المَقْبُوضِ مِنْ جِهَتِهَا وَقَدْ وَصَلَ إليْه) لأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِين.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ حَقَّهُ عِنْدَ الطَّلاق سَلامَةُ نِصْفِ المَقْبُوضِ مِنْ جِهَتِهَا (لَمْ يَكُنْ لهَا أَنْ تَدْفَعَ شَيْئًا آخَرَ مَكَانَهُ، بِخِلاف مَا إذَا كَانَ المَهْرُ دَيْنًا) وَهِيَ المَسْأَلَةُ الأُولى حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالنِّصْفِ لأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي نِصْفِ المَقْبُوضِ لِعَدَمِ التَّعَيُّنِ، وَلِهَذَا لوْ دَفَعَتْ مَكَانَهُ شَيْئًا آخَرَ جَازَ (بِخِلاف مَا إذَا بَاعَتْ) يَعْنِي الصَّدَاقَ العَرَضَ مِنْ زَوْجِهَا (لأَنَّهُ وَصَلَ إليْه بِبَدَلٍ) وَهُوَ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا نِصْفَ المَهْرِ بِلا بَدَلٍ فَلا يَنُوبُ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلاق قَبْل الدُّخُول فَلِذَلكَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنصْف المَهْرِ.

(وَلوْ تَزَوَّجَهَا عَلى حَيَوَانٍ) يَعْنِي مِثْل الفَرَسِ وَالحِمَارِ وَنَحْوِهِمَا لا مُطْلَقَهُ (أَوْ عُرُوضٍ فِي الذِّمَّة) بِأَنْ قَال عَلى ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ بَيَّنَ جِنْسَهُ وَنَوْعَهُ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَجِبُ الوَسَطُ مِمَّا سَمَّى وَيَثْبُتُ دَيْنًا فِي الذِّمَّة فَيُشْبِهُ النُّقُودَ (فَكَذَلكَ الجَوَابُ) يَعْنِي إذَا وَهَبَتْهُ لهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ قَبَضَتْ أَوْ لَمْ تَقْبِضْ (لأَنَّ المَقْبُوضَ مُتَعَيِّنٌ فِي الرَّدِّ) يَعْنِي أَنَّهَا لوْ قَبَضَتْهُ تَعَيَّنَ عَلَيْهَا رَدُّهُ بِعَيْنِه، وَكُلُّ مَا كَانَ المَقْبُوضُ مِنْهُ مُتَعَيِّنًا فِي الرَّدِّ كَانَ مِنْ جِنْسِ مَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِين، فَإِنْ كَانَتْ الهِبَةُ بَعْدَ القَبْضِ فَقَدْ وَصَل إليْه عَيْنُ حَقِّه لأَنَّ اخْتِلافَ السَّبَب غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَإِنْ كَانَتْ قَبْلهُ فَقَدْ وَصَل إليْه حَقُّهُ وَهُوَ بَرَاءَةُ ذِمَّته عَنْ نِصْفِ المَهْرِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِاخْتِلاف السَّبَب.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لأَنَّ الجَهَالَةَ) إشَارَةٌ إلى شَيْئَيْنِ إلى جوَازِ النِّكَاحِ بالحَيَوَانِ وَالعُرُوضِ بلا تَعْيِينٍ، وَإلى أَنَّ المَقْبُوضَ مُتَعَيَّنٌ فِي الرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ الجَهَالَةَ تُحُمِّلَتْ فِي النِّكَاحِ وَكُلُّ مَا تُحُمِّلَ فِي النِّكَاحِ لا يُنَافِي النِّكَاحَ فَالجَهَالَةُ لا تُنَافِي النِّكَاحَ، فَإذَا شُرِطَ ذَلِكَ فِي العَقْدِ صَحَّ، وَلا بُدَّ مِنْ تَعْيِينٍ لِيَتَحَقَّقَ الإيفَاءُ عِنْدَ الحَاجَةِ إلَيْهِ، فَإذَا عُيِّنَ بالقَبْضِ صَارَ كَأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ كَانَ مُتَعَيِّنًا فَكَذَلِكَ إذَا عُيِّنَ بالقَبْضِ. وَفَائِدَةُ الأُولى صِحَّةُ العَقْدِ وَإنْ كَانَ المُسَمَّى مَجْهُولا وَمُنِعَ وُجُوبُ مَهْرِ المِثْلِ. وَفَائِدَةُ الثَّانِيَةِ عَدَمُ رُجُوعِ الزَّوْجِ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ إنْ وَهَبَتْهُ لهُ وَعَدَمُ وِلايَةِ الاسْتِبْدَالِ إنْ لَمْ تَهَبْ وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا بِخِلافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلفٍ عَلَى أَن لا يُخرِجَهَا مِن البَلدَةِ أَو عَلَى أَن لا يَتَزَوَّجَ عَليهَا أُخرَى، فَإِن وَفَّى بِالشَّرطِ فَلهَا المُسَمَّى)؛ لأَنَّهُ صَلَحَ مَهرًا وَقَد تَمَّ رِضَاهَا بِهِ (وَإِن تَزَوَّجَ عَليهَا أُخرَى أَو أَخرَجَهَا فَلهَا مَهرُ مِثلهَا)؛ لأَنَّهُ سَمَّى مَا لهَا فِيهِ نَفعٌ، فَعِندَ فَوَاتِهِ يَنعَدِمُ رِضَاهَا بِالأَلفِ فَيُكمِلُ مَهرَ مِثلهَا كَمَا فِي تَسمِيَةِ الكَرَامَةِ وَالهِدَايَةِ مَعَ الأَلفِ.

(وَلو تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلفٍ إن أَقَامَ بِهَا وَعَلَى أَلفَينِ إن أَخرَجَهَا، فَإِن أَقَامَ بِهَا فَلهَا الأَلفُ، وَإِن أَخرَجَهَا فَلهَا مَهرُ المِثل لا يُزَادُ عَلَى الأَلفَينِ وَلا يُنقَصُ عَن الأَلفِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: الشَّرطَانِ جَمِيعًا جَائِزَانِ) حَتَّى كَانَ لهَا الأَلفُ إن أَقَامَ بِهَا وَالأَلفَانِ إن أَخرَجَهَا.

وَقَال زُفَرُ: الشَّرطَانِ جَمِيعًا فَاسِدَانِ، وَيَكُونُ لهَا مَهرُ مِثلهَا لا يُنقَصُ مِن أَلفٍ وَلا يُزَادُ عَلَى أَلفَينِ وَأَصلُ المَسأَلةِ فِي الإجَارَاتِ فِي قَولهِ: إن خِطتَهِ اليَومَ فَلكَ دِرهَمٌ، وَإِن خِطتَهِ غدًا فَلكَ نِصفُ دِرهَمٍ، وَسَنُبَيِّنُهَا فِيهِ إن شَاءَ اللَّهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلى أَلفٍ عَلى أَنْ لا يُخْرِجَهَا مِنْ البَلدَةِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ النِّكَاحَ لا يَبْطُلُ بالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ فَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلى أَلفٍ عَلى أَنْ لا يُخْرِجَهَا مِنْ البَلدَةِ (أَوْ عَلى أَنْ لا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا) أَوْ عَلى أَنْ يُطَلِّقَ فُلانَةَ فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ شَرْطُ عَدَمِ التَّزَوُّجِ وَعَدَمِ المُسَافَرَةِ وَطَلاقِ الضَّرَّةِ فَاسِدٌ لأَنَّ فِيهِ المَنْعَ عَنْ الأَمْرِ المَشْرُوعِ (فَإِنْ وَفَى بالشَّرْطِ فَلهَا المُسَمَّى) لأَنَّهُ سَمَّى مَا صَلَحَ مَهْرًا (وَقَدْ تَمَّ رِضَاهَا بِهِ) وَإِنْ لَمْ يُوفِ بِهِ

فَلهَا مَهْرُ مِثْلهَا، وَصُورَةُ المَسْأَلةِ فِيمَا إِذَا كَانَ مَهْرُ المِثْل أَكْثَرَ مِنْ الأَلفِ (لأَنَّهُ سَمَّى مَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ) حَتَّى رَضِيَتْ بِتَنْقِيصِ المُسَمَّى عَنْ مَهْرِ المِثْل.

(فَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَنْعَدِمُ رِضَاهَا بِالأَلفِ فَيُكْمَلُ مَهْرَ مِثْلهَا كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الكَرَامَةِ) بِأَنْ شَرَطَ مَعَ الأَلفِ أَنْ يُكْرِمَهَا وَلا يُكَلِّفَهَا الأَعْمَال الشَّاقَّةَ وَمَا تَتْعَبُ بِهِ وَكَمَا لوْ سَمَّى الهَدِيَّةَ مَعَ الأَلفِ بِأَنْ يُرْسِل إليْهَا مَعَ الأَلفِ الثِّيَابَ الفَاخِرَةَ (وَلوْ تَزَوَّجَهَا عَلى أَلفٍ إنْ أَقَامَ بِهَا وَعَلى أَلفَيْنِ إنْ أَخْرَجَهَا) صُورَةُ المَسْأَلةِ ظَاهِرَةٌ.

وَوَجْهُ قَوْل زُفَرَ أَنَّهُ ذُكِرَ بِمُقَابَلةِ شَيْءٍ وَاحِدٍ وَهُوَ البُضْعُ بَدَليْنِ مُخْتَلفَيْنِ عَلى سَبِيل البَدَل وَهُمَا الأَلفُ وَالأَلفَانِ فَتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ للجَهَالةِ وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْل. وَلهُمَا أَنَّ ذِكْرَ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرْطَيْنِ مُفِيدٌ فَيَصِحَّانِ جَمِيعًا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّرْطَ الأَوَّل قَدْ صَحَّ لعَدَمِ الجَهَالةِ فِيهِ. فَيَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِهِ، ثُمَّ لمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ الثَّانِي لأَنَّ الجَهَالةَ نَشَأَتْ مِنْهُ وَلمْ يَفْسُدْ النِّكَاحُ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلةِ وَبَيْنَ مَا إذَا تَزَوَّجَهَا عَلى أَلفَيْنِ إنْ كَانَتْ جَمِيلةً وَعَلى أَلفٍ إنْ كَانَتْ قَبِيحَةً حَيْثُ يَصِحُّ فِيهَا الشَّرْطَانِ جَمِيعًا بِالاتِّفَاقِ وَالمَسْأَلةُ فِي فَتَاوَى الوَلوَالجِيِّ وَغَيْرِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الأُولى وُجِدَتْ المُخَاطَرَةُ فِي التَّسْمِيَةِ الثَّانِيَةِ لأَنَّهَا لا تَدْرِي أَنَّ الزَّوْجَ يُخْرِجُهَا أَوْ لا، وَفِي المَسْأَلةِ الثَّانِيَةِ لا مُخَاطَرَةَ لأَنَّ المَرْأَةَ إمَّا جَمِيلةٌ فِي نَفْسِ الأَمْرِ وَإِمَّا قَبِيحَةٌ غَيْرَ أَنَّ الزَّوْجَ لا يَعْرِفُهَا وَجَهْلُهُ بِصِفَتِهَا لا يُوجِبُ المُخَاطَرَةَ فَيَصِحُّ الشَّرْطَانِ جَمِيعًا، وَالمُصَنِّفُ لمْ يَذْكُرْ وُجُوهَ الأَقْوَال وَأَحَالهَا عَلى بَابِ الإِجَارَةِ عَلى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ، وَلمْ يَذْكُرْ هُنَاكَ هَذِهِ المَسْأَلةَ وَإِنَّمَا ذَكَرَ مَسْأَلةَ الخِيَاطَةِ عَلى مَا سَيَجِيءُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

(وَلو تَزَوَّجَهَا عَلى هَذَا العَبدِ أَو عَلى هَذَا العَبدِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا أَوكَسُ وَالآخَرُ أَرفَعُ)؛ فَإِن كَانَ مَهرُ مِثلهَا أَقَلَّ مِن أَوكَسِهِمَا فَلهَا الأَوكَسُ، وَإِن كَانَ أَكثَرَ مِن أَرفَعِهِمَا فَلهَا الأَرفَعُ، وَإِن كَانَ بَينَهُمَا فَلهَا مَهرُ مِثلهَا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لهَا الأَوكَسُ فِي ذَلكَ كُلِّهِ (فَإِن طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا فَلهَا نِصفُ الأَوكَسِ فِي ذَلكَ كُلِّهِ بِالإِجمَاعِ) لهُمَا أَنَّ المَصِيرَ إلى مَهرِ المِثل لتَعَذُّرِ إِيجَابِ المُسَمَّى، وَقَد أَمكَنَ إِيجَابُ الأَوكَسِ إذ الأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ فَصَارَ كَالخُلعِ وَالإِعتَاقِ عَلى مَالٍ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُوجِبَ الأصليَّ مَهرُ المِثل إذ هُوَ الأعدَلُ، وَالعُدُولُ عَنهُ عِندَ صِحَّةِ التَّسمِيَةِ وَقَد فَسَدَت لِمَكَانِ الجَهَالَةِ بِخِلافِ الخُلعِ وَالإِعتَاقِ عَلَى مَالٍ؛ لأَنَّهُ لا مُوجِبَ لَهُ فِي البَدَلِ، إلا أَنَّ مَهرَ المِثل إذَا كَانَ أَكثَرَ مِن الأرفَعِ فَالمَرأَةُ رَضِيَت بِالحَطِّ، وَإِن كَانَ أَنقَصَ مِن الأوكَسِ فَالزَّوجُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ، وَالوَاجِبُ بِالطَّلاقِ قَبل الدُّخُول فِي مِثلِهِ المُتعَةُ وَنِصفُ الأوكَسِ يَزِيدُ عَلَيهَا فِي العَادَةِ فَوَجَبَ لاعتِرَافِهِ بِالزِّيَادَةِ.

الشرح:

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلى هَذَا العَبْدِ أَوْ عَلى هَذَا العَبْد) أَصْلُ هَذَا أَنَّ الضَّمَانَ الأَصْليَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَهْرُ المِثْل، وَإِنَّمَا يُصَارُ إلى التَّسْمِيَةِ إذَا صَحَّتْ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَلَمْ تَصِحَّ للجَهَالة. وَعِنْدَهُمَا الضَّمَانُ الأَصْليُّ هُوَ المُسَمَّى، وَإِنَّمَا يُصَارُ إلى مَهْرِ المِثْل إذَا فَسَدَتْ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلكَ لإِمْكَانِ العَمَل بالأَوْكَسِ لكَوْنه مُتَيَقَّنًا كَمَا في الخُلعِ وَالإعْتَاقِ عَلى مَالٍ عَلى هَذَا الوَجْه فَإِنَّ الأَوْكَسَ فِي ذَلكَ مُتَعَيِّنٌ، وَمَا فِي الكتَاب وَاضِحٌ وَإِنَّمَا قَال فِي مَهْرِ المثْل (إذْ هُوَ الأَعْدَلُ) لأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ لأَنَّهُ قيمَةُ مَنَافِعِ البُضْعِ وَقيمَةُ الشَّيْءِ لا تَقْبَلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ، بخلاف التَّسْمِيَة لأَنَّهَا تَقْبَلُهُمَا.

وَقَوْلُهُ: (إلا مَهْرَ المثْل) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إذَا كَانَ مَهْرُ المثْل هُوَ الأَعْدَل كَانَ المَصيرُ إليْه وَاجبًا فِي الأَحْوَال الثَّلاث. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ كَذَلكَ إلا أَنَّ مَهْرَ المثْل (إذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْ الأَرْبَعِ فَالمَرْأَةُ رَضِيَتْ بِالحَطِّ وَإِنْ كَانَ أَنْقَصَ مِنْ الأَوْكَسِ فَالزَّوْجُ رَضِيَ بالزِّيَادَة) فَعَمَلْنَا برضَاهُمَا.

وَقَوْلُهُ (وَالوَاجبُ بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ الوَاجبُ أَنْ يَجبَ نصْفُ الأَرْفَعِ فِيمَا يَجبُ فيه الأَرْفَعُ مَهْرًا لأَنَّ الوَاجبَ فِي الطَّلاق قَبْل الدُّخُول نصْفُ المُسَمَّى. وَوَجْهُهُ أَنَّ الوَاجبَ فِي الطَّلاق قَبْل الدُّخُول فِي مثْله وَهُوَ مَا تَكُونُ التَّسْميَةُ فيه فَاسدَةَ المُتْعَة (وَنصْفُ الأَوْكَسِ يَزيدُ عَلَيْهَا عَادَةً فَوَجَبَ لاعْترَافه بالزِّيَادَة).

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيرِ مَوصُوفٍ صَحَّت التَّسمِيَةُ وَلَهَا الوَسَطُ مِنهُ، وَالزَّوجُ مُخَيَّرٌ إن شَاءَ أَعطَاهَا ذَلكَ وَإِن شَاءَ أَعطَاهَا قِيمَتَهُ) قَال رَحِمَهُ اللَّهُ: مَعنَى هَذِهِ المَسأَلَةِ أَن يُسَمِّيَ جِنسَ الحَيَوَانِ دُونَ الوَصفِ، بِأَن يَتَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ أَو حِمَارٍ. أَمَّا إذَا لم يُسَمِّ

الجِنسَ بِأَن يَتَزَوَّجَهَا على دَابَّةٍ لا تَجُوزُ التَّسمِيَةُ وَيَجِبُ مَهرُ المِثل. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ مَهرُ المِثل فِي الوَجهَينِ جَمِيعًا؛ لأَنَّ عِندَهُ مَا لا يَصلُحُ ثَمَنًا فِي البَيعِ لا يَصلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ إذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُعَاوَضَةٌ.

وَلنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيرِ مَالٍ فَجَعَلنَاهُ التِزَامَ المَال ابتِدَاءً حَتَّى لا يَفسُدُ بِأَصل الجَهَالَةِ كَالدِّيَةِ وَالأَقَارِيرِ، وَشَرَطنَا أَن يَكُونَ المُسَمَّى مَالا وَسَطُهُ مَعلُومٌ رِعَايَةً للجَانِبَينِ، وَذَلكَ عِندَ إعلامِ الجِنسِ؛ لأَنَّهُ يَشتَمِلُ عَلى الجَيِّدِ وَالرَّدِيءِ وَالوَسَطُ ذُو حَظٍّ مِنهُمَا، بِخِلافِ جَهَالَةِ الجِنسِ؛ لأَنَّهُ لا وَسَطَ لهُ لاختِلافِ مَعَانِي الأَجنَاسِ، وَبِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّ مَبنَاهُ عَلى المُضَايَقَةِ وَالمُمَاكَسَةِ، أَمَّا النِّكَاحُ فَمَبنَاهُ عَلى المُسَامَحَةِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لأَنَّ الوَسَطَ لا يُعرَفُ إلا بِالقِيمَةِ فَصَارَت أَصلا فِي حَقِّ الإِيفَاءِ، وَالعَبدُ أَصلُ تَسمِيَةٍ فَيَتَخَيَّرُ بَينَهُمَا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا على حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوف) صُورَةُ المَسْأَلة أَنْ يَقُول تَزَوَّجْتُك عَلى حِمَارٍ أَوْ فَرَسٍ. قَال المُصَنِّفُ (مَعْنَى هَذه المَسْأَلة أَنْ يُسَمِّيَ جِنْسَ الحَيَوَان دُونَ الوَصْفِ) يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَقُل: جَيِّدٌ أَوْ وَسَطٌ أَوْ رَدِيءٌ إلى غَيْرِ ذَلكَ مِنْ أَوْصَافه. وَرُدَّ بِأَنَّ الفَرَسَ وَالحِمَارَ نَوْعٌ لا جِنْسٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مِنْ الجِنْسِ اسْمَ الجِنْسِ وَهُوَ مَا عُلِّقَ عَلى شَيْءٍ وَعَلى كُلِّ مَا أَشْبَهَهُ، وَيَرِدُ عَلَيْه قَوْلُهُ أَمَّا إذَا لَمْ يُسَمِّ الجِنْسَ بِأَنْ تَزَوَّجَ عَلى دَابَّةٍ لا تَجُوزُ التَّسْمِيَةُ وَيَجبُ مَهْرُ المِثْل فَإِنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ بِالتَّعْرِيفِ المَذْكُورِ وَهُوَ مَا عُلِّقَ عَلى شَيْءٍ وَعَلى كُلِّ مَا أَشْبَهَهُ وَلَمْ تَصِحَّ بِهِ التَّسْمِيَةُ.

وَالحَقُّ أَنْ يُقَال: أَرَادَ بِالجِنْسِ مَا هُوَ مُصْطَلَحُ الفُقَهَاءِ وَهُوَ النَّوْعُ بِاصْطِلاحِ غَيْرِهِمْ. قَوْلُهُ (وَقَال الشَّافعيُّ: يَجبُ مَهْرُ المِثْل) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَال بغَيْرِ مَال) مَعْنَاهُ أَنَّ فِي النِّكَاحِ مَعْنَى التِزَامِ المَال ابْتِداءً وَمَعْنَى المُعَاوَضَة، أَمَّا مَعْنَى المُعَاوَضَة فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنَى التِزَام المَال ابْتِدَاءً: يَعْني بِغَيْرِ عِوَضٍ فَلأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَال بغَيْرِ مَال وَكَانَ كَالدِّيَة وَالأَقَارِير حَيْثُ يَلزَمُ فيهِمَا أَيْضًا مَالٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ فِي مُقَابلَته عِوَضٌ مَاليٌّ فَعَمَلْنَا بمَعْنَى التِزَام المَال ابْتِدَاءً.

وَقُلنَا: لا يَفْسُدُ بِأَصْل الجَهَالة فِي مِثْله لأَنَّ الجَهَالةَ فِي مِثْله مُتَحَمَّلةٌ كَمَا فِي الدِّيَة

فَإِنَّ الشَّرْعَ جعَل فِيهَا مِائَةً مِنْ الإِبل غَيْرَ مَوْصُوفَة وَكَمَا فِي الأَقَارِير، فَإِنَّ مَنْ أَقَرَّ لإِنْسَان بِشَيْءٍ صَحَّ إِقْرَارُهُ وَعَملنَا بِمَعْنَى المُعَاوَضَة (وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ المُسَمَّى مَالا) مَعْلُومَ الوَسَط رِعَايَةً لجَانب الزَّوْجِ وَالمَرْأَة كَمَا وَجَبَ فِي الزَّكَاة ذَلكَ رِعَايَةً لجَانب الغَنِيِّ وَالفَقير (وَذَلكَ) إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ (عِنْدَ إِعْلام الجِنْس لأَنَّهُ يَشْتَملُ عَلى الجَيِّد وَالرَّدِيء، وَالوَسَطُ ذُو حَظٍّ منْهُمَا، بخلاف جَهَالة الجنْس لأَنَّهُ لا وَسَطَ لهُ حِينَئذ لاخْتلاف مَعَاني الأَجْنَاس) فَإِنَّهُ إِذَا قَال عَلى دَابَّة لَمْ يَجدْ نَوْعًا يُتوَسَّطُ فَيلزَمُهُ.

قَوْلُهُ (وَبخلاف البَيْع) جَوَابٌ عَنْ قَوْله مَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا لا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاح، وَوَجْهُهُ أَنَّ (مَبْنَاهُ عَلى المُضَايَقَة وَالمُمَاكَسَة) أَيْ المُنَازَعَة لأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَال لَيْسَ فِيه مَعْنَى التزَام المَال ابْتداءً فَيَفسُدُ بأَصْل الجَهَالة (أَمَّا النِّكَاحُ فَمَبْنَاهُ عَلى المُسَامَحَة) فَلا يَفْسُدُ بالجَهَالة مَا لَمْ تَفْحُشْ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا يَتخَيَّرُ) مُتَعَلِّقٌ بقَوْله وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ لكُلٍّ وَاحد منْ الوَسَط وَالقيمَة جِهَةَ أَصَالة، أَمَّا القيمَةُ فَلأَنَّ الوَسَطَ لا يُعْرَفُ إِلا بالقيمَة فَصَارَتْ أَصْلا فِي حَقِّ الإِيفَاء، وَأَمَّا الوَسَطُ فَلأَنَّ التَّسْميَةَ وَقَعَتْ عَلَيْه فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا وَتُجْبَرُ المَرْأَةُ عَلى القَبُول بأَيِّهمَا أَتى.

(وَإِن تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوبٍ غَيرِ مَوصُوفٍ فَلهَا مَهرُ المِثل وَمَعنَاهُ: ذَكَرَ الثَّوبَ وَلم يَزد عَلَيهِ) وَوَجهُهُ أَنَّ هَذِهِ جَهَالَةُ الجِنسِ إذ الثِّيَابُ أَجنَاسٌ، وَلو سَمَّى جِنسًا بِأَن قَال هَرَوِيٌّ يَصِحُّ التَّسمِيَةُ وَيُخَيَّرُ الزَّوجُ لمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا إذَا بَالغَ فِي وَصفِ الثَّوبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لأَنَّهَا ليسَت مِن ذَوَاتِ الأَمثَال، وَكَذَا إذَا سَمَّى مَكِيلا أَو مَوزُونًا وَسَمَّى جِنسَهُ دُونَ صِفَتِهِ، وَإِن سَمَّى جِنسَهُ وَصِفَتَهُ لا يُخَيَّرُ؛ لأَنَّ المَوصُوفَ مِنهُمَا يَثبُتُ فِي الذِّمَّةِ ثُبُوتًا صَحِيحًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلى ثَوْب غَيْرِ مَوْصُوف) يَعْني لَمْ يَذْكُرْ نَوْعًا منْهُ. وَقَوْلُهُ (إِذْ الثِّيَابُ أَجْنَاسٌ) يَعْنِي أَنَّهَا تَكُونُ قُطْنًا وَكَتَّانًا وَإِبْرَيْسَمًا وَغَيْرَهَا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا بَالغَ فِي وَصْف الثَّوْب) مَعْنَى المُبَالغَة فيه هُوَ أَنْ يُوصلهُ إِلى حَدٍّ يَجُوزُ فيه عَقْدُ السَّلَم. وَقَوْلُهُ فِي ظَاهر الرِّوَايَة) احْترَازٌ عَمَّا رُويَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الزَّوْجَ يُجْبَرُ عَلى تَسْليمِ الوَسَط، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لأَنَّهُ بِالمُبَالغَة فِيه يَلتَحقُ بذَوَات الأَمْثَال وَلهَذَا يَجُوزُ فِيه السَّلَم.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ ضَرَبَ الأَجَل يُجْبَرُ عَلى الدَّفْعِ وَإِلا فَلا لأَنَّهُ بِضَرْبِ الأَجَل صَارَ نَظِيرَ السَّلَم. وَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَال بِدَلِيل أَنَّ مُسْتَهْلكَهَا لا يَضْمَنُ المِثْل فَصَارَتْ كَالعَبْد (وَكَذَا إِذَا سَمَّى مَكِيلا أَوْ مَوْزُونًا وَسَمَّى جِنْسَهُ) مِثْلُ أَنْ يَقُول تَزَوَّجْتُك عَلى كُرِّ حِنْطَةٍ أَوْ مَنٍّ مِنْ زَعْفَرَانٍ وَلَمْ يَزِدْ عَلى ذَلِكَ كَانَ الزَّوْجُ مُخَيَّرًا بَيْنَ الوَسَطِ وَقِيمَتِه (وَإِنْ سَمَّى جِنْسَهُ وَصِفَتَهُ لا يُخَيَّرُ) بَل يُجْبَرُ عَلى الوَسَطِ (لأَنَّ المَوْصُوفَ مِنْهُمَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ثُبُوتًا صَحِيحًا) حَالا أَوْ مُؤَجَّلا وَلِهَذَا جَازَ اسْتِقْرَاضُهُ وَالسَّلَمُ فِيهِ.

(وَإِن تَزَوَّجَ مُسلمٌ عَلى خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلهَا مَهرُ مِثلهَا)؛ لأَنَّ شَرطَ قَبُول الخَمرِ شَرطٌ فَاسِدٌ فَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَيَلغُو الشَّرطُ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّهُ يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لكِن لم تَصِحَّ التَّسمِيَةُ لِمَا أَنَّ المُسَمَّى ليسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ المُسلمِ فَوَجَبَ مَهرُ المِثل.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلمٌ عَلى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلهَا مَهْرُ المِثْل لأَنَّ شَرْطَ قَبُول الخَمْرِ شَرْطٌ فَاسِدٌ) مَعْنَاهُ أَنَّ قَوْلهُ تَزَوَّجْتُك عَلى خَمْرٍ بِمَنْزِلةِ قَوْله تَزَوَّجْتُك بِشَرْطِ قَبُولك الخَمْرَ، هَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ وَالنِّكَاحُ لا يَبْطُلُ بِهِ لأَنَّ الشَّرْطَ فِيه لا يَرْبُو عَلى تَرْكِ التَّسْمِيَةِ أَصْلا وَذَلكَ لا يُفْسِدُهُ فَهَذَا أَوْلى (بِخِلافِ البَيْعِ) لأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لأَنَّ الشَّرْطَ فِيه بِمَعْنَى الرِّبَا وَهُوَ يُفْسِدُهُ.

وَفِي قَوْله: (بِخِلافِ البَيْعِ) إِشَارَةٌ إِلى رَدِّ قِيَاسِ مَالكٍ النِّكَاحَ عَلى البَيْعِ فَإِنَّهُ قَال تَسْمِيَةُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ تَمْنَعُ وُجُوبَ عَرَضٍ آخَرَ، وَلا يُمْكِنُ إِيجَابُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ بِالعَقْدِ عَلى المُسْلمِ فَكَانَ كَمَا لوْ بَاعَ عَيْنًا بِهِمَا، وَقُلنَا: لمَّا لمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ فِي نَفْسِهَا لكَوْنِ المُسَمَّى لَيْسَ بِمَالٍ: أَيْ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ المُسْلمِ لمْ تَمْنَعْ وُجُوبَ الغَيْرِ فَوَجَبَ مَهْرُ المِثْل.

(فَإِن تَزَوَّجَ امرَأَةً عَلى هَذَا الدَّنِّ مِن الخَلِّ فَإِذَا هُوَ خَمرٌ فَلهَا مَهرُ مِثلهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لهَا مِثلُ وَزنِهِ خَلا، وَإِن تَزَوَّجَهَا عَلى هَذَا العَبدِ فَإِذَا هُوَ حُرٌّ يَجِبُ مَهرُ المِثل عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: تَجِبُ القِيمَةُ) لأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَطمَعَهَا مَالا

وَعَجَزَ عَن تَسليمِهِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَو مِثلُهُ إن كَانَ مِن ذَوَاتِ الأَمثَال كَمَا إذَا هَلَكَ العَبدُ المُسَمَّى قَبلَ التَّسليمِ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: اجتَمَعَت الإِشَارَةُ وَالتَّسمِيَةُ فَتُعتَبَرُ الإِشَارَةُ لكَونِهَا أَبلغَ فِي المَقصُودِ وَهُوَ التَّعرِيفُ فَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَ عَلى خَمرٍ أَو حُرٍّ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الأَصلُ أَنَّ المُسَمَّى إذَا كَانَ مِن جِنسِ المُشَارِ إليهِ يَتَعَلَّقُ العَقدُ بِالمُشَارِ إليهِ؛ لأَنَّ المُسَمَّى مَوجُودٌ فِي المُشَارِ إليهِ ذَاتًا، وَالوَصفُ يَتبَعُهُ وَإِن كَانَ مِن خِلافِ جِنسِهِ يَتَعَلَّقُ بِالمُسَمَّى؛ لأَنَّ المُسَمَّى مِثلٌ للمُشَارِ إليهِ وَلَيسَ بِتَابِعٍ لهُ.

وَالتَّسمِيَةُ أَبلغُ فِي التَّعرِيفِ مِن حَيثُ إنَّهَا تُعَرِّفُ المَاهِيَّةَ، وَالإِشَارَةُ تُعَرِّفُ الذَّاتَ، أَلا تَرَى أَنَّ مَن اشتَرَى فَصًّا عَلى أَنَّهُ يَاقُوتٌ فَإِذَا هُوَ زُجَاجٌ لا يَنعَقِدُ العَقدُ لاختِلافِ الجِنسِ، وَلو اشتَرَى عَلى أَنَّهُ يَاقُوتٌ أَحمَرُ فَإِذَا هُوَ أَخضَرُ يَنعَقِدُ العَقدُ لاتِّحَادِ الجِنسِ. وَفِي مَسأَلتِنَا العَبدُ مَعَ الحُرِّ جِنسٌ وَاحِدٌ لقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي المَنَافِعِ، وَالخَمرُ مَعَ الخَلِّ جِنسَانِ لفُحشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلى هَذَا الدَّنِّ مِنْ الخَلِّ) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ. وَحَاصِلُ اخْتِلافِهِمْ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي ذَوَاتِ الأَمْثَال فِي أَنَّ الحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بِالتَّسْمِيَة دُونَ مَهْرِ المِثْل، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَوَاتِ القِيَمِ فِي إيجَاب مَهْرِ المِثْل دُونَ القِيمَة. ثُمَّ الأَصْلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ الإِشَارَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الفُصُول كُلِّهَا، وَالتَّسْمِيَةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الفُصُول كُلِّهَا وَالإِشَارَةُ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ، وَالتَّسْمِيَةُ فِي الجِنْسَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّد، وَالمُصَنِّفُ قَدَّمَ دَليل أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

ثُمَّ ذَكَرَ دَليل أَبِي حَنِيفَةَ وَقَال فِيهِ (لِكَوْنِهَا) يَعْنِي الإِشَارَةَ (أَبْلغَ فِي المَقْصُود وَهُوَ التَّعْرِيفُ) لأَنَّ الإِشَارَةَ بِمَنْزِلة وَضْعِ اليَدِ عَلى الشَّيْءِ، وَيَحْصُلُ بِهَا كَمَالُ التَّمْيِيزِ لأَنَّ الإِشَارَةَ إلى الشَّيْءِ وَارِدَةٌ غَيْرُ مُمْتَنِعَة، وَأَمَّا التَّسْمِيَةُ فَمِنْ بَاب اسْتِعْمَال اللَّفْظ، وَيَجُوزُ إطْلاقُ اللَّفْظ وَإِرَادَةُ غَيْرِ مَا وُضِعَ لهُ وَأَخَّرَ دَليل مُحَمَّدٍ وَكَأَنَّهُ أَشَارَ إلى اخْتِيَارِ مَذْهَبِه، وَدَليلُهُ مَوْقُوفٌ عَلى تَقْدِيمِ مُقَدِّمَتَيْن:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّ المُرَادَ بِالمَاهِيَّةِ هُوَ الحَقِيقَةُ مِنْ حَيْثُ هِيَ وَبِالذَّات مَوْجُودٌ فِي

الخَارِجِ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُشَارًا إِلَيْهِ إِشَارَةً حِسِّيَّةً.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ المُرَادَ بِالجِنْسِ مَا يَكُونُ الفَاصِلُ بَيْنَ آحَادِه أَمْرًا وَاحِدًا فَيَكُونُ التَّفَاوُتُ يَسِيرًا كَالعَبْدِ وَالحُرِّ وَالمَيْتَةِ وَالمُذَكَّاة، وَالذَّكَرِ وَالأُنْثَى فِي غَيْرِ الإِنْسَانِ، وَبِالجِنْسَيْنِ مَا يَكُونُ الفَاصِلُ بَيْنَهُمَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَيَفْحُشُ التَّفَاوُتُ كَالخَلِّ وَالخَمْرِ فَإِنَّ الفَاصِلَ بَيْنَهُمَا الاسْمُ وَالصِّفَةُ كَالحُمُوضَةِ فِي الخَلِّ وَالحِدَّةِ فِي الخَمْرِ وَالمَعْنَى كَالإِسْكَارِ وَعَدَمِه، وَالجَارِيَةِ وَالعَبْدِ فَإِنَّ الفَاصِلَ بَيْنَهُمَا الاسْمُ وَالصِّفَةُ.

فَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَإِذَا اجْتَمَعَتْ التَّسْمِيَةُ وَالإِشَارَةُ فِي العَقْدِ، فَإِنْ كَانَ المُسَمَّى وَالمُشَارُ إِلَيْهِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ كَانَ المُعْتَبَرُ هُوَ المُشَارَ إِلَيْهِ لأَنَّ التَّسْمِيَةَ هُنَاكَ لا تَدُلُّ عَلَى مَاهِيَّةٍ أُخْرَى وَإِنَّمَا تَدُلُّ عَلَى صِفَةٍ وَالصِّفَةُ تَتْبَعُ المَوْصُوفَ فِي الاسْتِحْقَاقِ وَالمَوْصُوفُ مَوْجُودٌ فِي المُشَارِ إِلَيْهِ لأَنَّهُ هُوَ المُشَارُ إِلَيْهِ لَوْلا الصِّفَةُ وَلَمْ تُعْتَبَرْ الصِّفَةُ لِتَبَعِيَّتِهَا وَإِنْ كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ، فَالمُعْتَبَرُ هُوَ المُسَمَّى لأَنَّ التَّسْمِيَةَ حِينَئِذٍ تَدُلُّ عَلَى مَاهِيَّةٍ خِلافِ المُشَارِ إِلَيْهِ فَيَكُونُ المُسَمَّى مِثْلَ المُشَارِ إِلَيْهِ فِي اسْتِحْقَاقِ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا وَلا يَكُونَ تَابِعًا لَهُ لأَنَّ المُقْتَضِيَ لِعَدَمِ شَيْءٍ لا يَتْبَعُهُ فَيَتَعَارَضَانِ فِي الاسْتِحْقَاقِ، وَالتَّسْمِيَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ إِذَا كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تَعْرِفُ المَاهِيَّةَ، وَالإِشَارَةُ إِنَّمَا تُعْرَفُ ذَاتًا مُشَارًا إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَلالَةٍ عَلَى حَقِيقَتِه.

هَذَا الَّذِي سَنَحَ لِي فِي حَلِّ هَذَا المَحَلِّ، وَأَزِيدُك بَيَانًا وَهُوَ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ دَلَّتْ التَّسْمِيَةُ فِيهِ عَلَى مَعْنًى يَتَحَقَّقُ المُشَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ ارْتِفَاعِه فَهُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ، فَإِنَّ صِفَةَ كَوْنِه عَبْدًا إِذَا ارْتَفَعَتْ عَادَ حُرًّا لِعَدَمِ الوَاسِطَةِ، وَكَذَا فِي المَيْتَةِ وَالذَّكِيَّةِ وَالذَّكَرِ وَالأُنْثَى، وَكُلُّ مَوْضِعٍ دَلَّتْ التَّسْمِيَةُ فِيهِ عَلَى مَعْنًى لَمْ يَتَحَقَّقْ المُشَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ ارْتِفَاعِه لِوُجُودِ الوَاسِطَةِ فَهُمَا جِنْسَانِ، فَإِنَّ صِفَةَ كَوْنِه خَلا إِذَا ارْتَفَعَ لا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ خَمْرًا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ عَصِيرًا، وَكَذَا إِذَا ارْتَفَعَ كَوْنُهَا جَارِيَةً لا يَلْزَمُ أَنْ تَكُونَ عَبْدًا لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ حُرَّةً.

(فَإِن تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَينِ العَبدَينِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا حُرٌّ فَلَيسَ لَهَا إِلا البَاقِي إِذَا سَاوَى عَشَرَةَ دَرَاهِمَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لأَنَّهُ مُسَمًّى، وَوُجُوبُ المُسَمَّى وَإِن قَلَّ يَمنَعُ وُجُوبَ مَهرِ المِثلِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهَا العَبدُ وَقِيمَةُ الحُرِّ عَبدًا)؛ لأَنَّهُ أَطمَعَهَا سَلامَةَ العَبدَينِ وَعَجَزَ عَن تَسلِيمِ أَحَدِهِمَا فَتَجِبُ قِيمَتُهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ (لَهَا العَبدُ

البَاقِي وَتَمَامُ مَهر مِثلهَا إن كَانَ مَهرُ مِثلهَا أَكثَرَ مِن قِيمَةِ العَبدِ)؛ لأَنَّهُمَا لو كَانَا حُرَّينِ يَجِبُ تَمَامُ مَهرِ المِثل عِندَهُ فَإِذَا كَانَ أَحدُهُمَا عبدًا يَجِبُ العَبدُ وَتَمَامُ مَهرِ المِثل.

الشرح:

وَعَلى هَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلى هَذَيْنِ العَبْدَيْنِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا حُرٌّ فَلَيْسَ لَهَا إلا البَاقِي إِذَا سَاوَى عَشَرَةَ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الإِشَارَةَ وَالإِشَارَةُ إلى الحُرِّ تُخْرِجُهُ عَنْ العَقْد فَكَانَ تَسْمِيَةُ العَبْد الثَّانِي لغْوًا وَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلى عَبْدٍ فَلَيْسَ لَهَا إلا ذَلكَ، وَلا يَجِبُ مَهْرُ المثْل لأَنَّهُمَا لا يَجْتَمعَان.

وَوَجْهُ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، وَكَذَا وَجْهُ مُحَمَّد لأَنَّهُ فِي الجِنْسِ الوَاحِد تُعْتَبَرُ الإِشَارَةُ، وَلَوْ كَانَا حُرَّيْنِ وَجَبَ تَمَامُ مَهْرِ المثْل عِنْدَهُ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا يَجِبُ العَبْدُ وَتَمَامُ مَهْرِ المثْل، وَالمُصَنِّفُ ذَكَرَ فِي دَليل أَبِي حَنِيفَةَ قَوْلَهُ لأَنَّهُ مُسَمًّى بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الإِشَارَةَ أَبْطَلَتْ العَبْدَ الثَّانِيَ.

وَقَوْلُهُ (وَوُجُوبُ المُسَمَّى وَإِنْ قَلَّ يَمْنَعُ وُجُوبَ مَهْرِ المثْل) اُعْتُرِضَ عَلَيْه بِمَا قَال قَبْل هَذَا، وَلوْ تَزَوَّجَهَا عَلى أَلفٍ إنْ أَقَامَ بِهَا إلى أَنْ قَال وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَلهَا مَهْرُ المثْل، وَبِمَا قَال فِي الزِّيَادَات أَنَّ الرَّجُل إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلى أَلف درْهَمٍ وَعَلى أَنْ يُعْتقَ أَبَاهَا ثُمَّ إنْ لَمْ يَفِ بِالشَّرْط فَلهَا الأَلفُ إلى تَمَامِ مَهْرِ مثْلهَا، وَهَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ ذكْرَ المُسَمَّى لا يَمْنَعُ وُجُوبَ مَهْرِ المثْل. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ الشَّرْطَ اُسْتُحِقَّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، فَفَوَاتُهُ يُوجِبُ فَوَاتَ رِضَاهَا فَيُكْملُ لهَا مَهْرَ المثْل.

وَأَمَّا الحُرُّ فَلمْ يُسْتَحَقَّ أَصْلا، وَبِأَنَّ الوُقُوفَ عَلى مَا شُرِطَ غَيْرُ مُمْكنٍ لأَنَّهُ شَرْطٌ عَلى خَطَرِ الوُجُود، فَلوْ لَمْ يَجِبْ لَهَا إلى تَمَامِ مَهْرِ مثْلٍ لزمَهَا ضَرَرٌ لا يُمْكنُ الاحْترَازُ عَنْهُ، أَمَّا هَاهُنَا فَيُمْكنُ الوُقُوفُ عَلى مَا أَشَارَ إلَيْه قَبْل النِّكَاحِ بِالتَّفَحُّصِ، فَلوْ لزمَهَا ضَرَرٌ لزمَهَا بِضَرْبٍ منْ تَقْصيرِهَا.

(وَإِذَا فَرَّقَ القَاضِي بَينَ الزَّوجَينِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ قَبل الدُّخُول فَلا مَهرَ لهَا)؛ لأَنَّ المَهرَ فِيهِ لا يَجِبُ بِمُجَرَّدِ العَقدِ لفَسَادِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِاستِيفَاءِ مَنَافِعِ البُضعِ (وَكَذَا بَعدَ الخَلوَةِ)؛ لأَنَّ الخَلوَةَ فِيهِ لا يَثبُتُ بِهَا التَّمَكُّنُ فَلا تُقَامُ مَقَامَ الوَطءِ (فَإِن دَخَل بِهَا فَلهَا مَهرُ مِثلهَا لا يُزَادُ عَلى المُسَمَّى) عِندَنَا خِلافًا لزُفَرَ هُوَ يَعتَبِرُهُ بِالبَيعِ الفَاسِدِ.

وَلنَا أَنَّ المُستَوفَى ليسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالتَّسمِيَةِ فَإِذَا زَادت عَلى مَهرِ المِثل لم تَجِب الزِّيَادَةُ لعَدَمِ صِحَّةِ التَّسمِيَةِ، وَإِن نَقَصَت لم تَجِب الزِّيَادَةُ عَلى المُسَمَّى لانعِدَامِ التَّسمِيَةِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي نَفسِهِ فَيَتَقَدَّرُ بَدَلُهُ بِقِيمَتِهِ.

(وَعَليهَا العِدَّةُ) إلحَاقًا للشُّبهَةِ بِالحَقِيقَةِ فِي مَوضِعِ الاحتِيَاطِ وَتَحَرُّزًا عَن اشتِبَاهِ النَّسَبِ. وَيُعتَبَرُ ابتِدَاؤُهَا مِن وَقتِ التَّفرِيقِ لا مِن آخِرِ الوَطَآتِ، هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّهَا تَجِبُ بِاعتِبَارِ شُبهَةِ النِّكَاحِ وَرَفعُهَا بِالتَّفرِيقِ (وَيَثبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا)؛ لأَنَّ النَّسَبَ يُحتَاطُ فِي إثبَاتِهِ إحيَاءً للوَلَدِ فَيَتَرَتَّبُ عَلى الثَّابِتِ مِن وَجهٍ. وَتُعتَبَرُ مُدَّةُ النَّسَبِ مِن وَقتِ الدُّخُول عِندَ مُحَمَّدٍ وَعَليهِ الفَتوَى؛ لأَنَّ النِّكَاحَ الفَاسِدَ ليسَ بِدَاعٍ إليهِ، وَالإِقَامَةُ بِاعتِبَارِهِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ) النِّكَاحُ الفَاسِدُ مِثْلُ النِّكَاحِ بِلا شُهُودٍ وَنِكَاحِ الأُخْتِ فِي عِدَّةِ الأُخْتِ فِي الطَّلاقِ البَائِنِ وَنِكَاحِ الخَامِسَةِ فِي عِدَّةِ الرَّابِعَةِ وَنَحْوِهَا وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ يَعْتَبِرُهُ البَيْعَ الفَاسِدَ) يَعْنِي أَنَّ القِيمَةَ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ تَجِبُ بَالِغَةً مَا بَلغَتْ وَإِنْ زَادَتْ عَلى الثَّمَنِ فَكَذَلِكَ مَهْرُ المِثْلِ وَإِنْ زَادَ عَلى المُسَمَّى لِكَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجِبًا أَصْلِيًّا، فَإِذَا اعْتَرَضَ الفَسَادُ يُرْجَعُ إلى المُوجِبِ الأَصْلِيِّ.

(وَلنَا أَنَّ المُسْتَوْفَى) أَيْ مِنْ مَنَافِعِ البُضْعِ بِهَذَا العَقْدِ هُوَ (لَيْسَ بِمَالٍ) وَكُلُّ مَا لَيْسَ بِمَالٍ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ، فَالمُسْتَوْفَى بِهِ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ (وَإِنَّمَا يُتَقَوَّمُ بِالتَّسْمِيَةِ) وَالتَّسْمِيَةُ غَيْرُ صَحِيحَةٍ فَبَطَلَتْ، وَلا بُدَّ مِنْ تَقَوُّمِ المُسْتَوْفَى مِنْ مَنَافِعِ البُضْعِ شَرْعًا فَصِرْنَا إلى مَا هُوَ قِيمَتُهَا فِي مِثْلِ هَذَا العَقْدِ بِدُونِ التَّسْمِيَةِ وَهُوَ عَقْدُ المُفَوِّضَةِ إذَا كَانَ صَحِيحًا وَذَلِكَ مَهْرُ المِثْلِ فَيَبْطُلُ، مَا زَادَ عَليْهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ لا يَنْقُصَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ إذَا زَادَ عَلى المُسَمَّى لكِنَّ الزِّيَادَةَ عَلى المُسَمَّى لا تَجِبُ (لانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ) أَيْ تَسْمِيَةِ الزِّيَادَةِ عَلى المُسَمَّى.

فَإِنْ قُلت: هَل هَذَا إلا تَنَاقُضٌ لأَنَّك أَسْقَطْت اعْتِبَارَ التَّسْمِيَةِ إذَا زَادَتْ عَلى مَهْرِ المِثْل ثُمَّ اعْتَبَرْتَهَا إذَا نَقَصَتْ مِنْهُ وَهِيَ إنْ كَانَتْ فَاسِدَةً يَجِبُ شُمُولُ العَدَمِ وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً يَجِبُ شُمُولُ الوُجُودِ؟ قُلت: هِيَ صَحِيحَةٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، صَحِيحَةٌ مِنْ

حَيْثُ إنَّ المُسَمَّى مَالٌ مُتقَوِّمٌ لأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلة فيه، فَاسِدَةٌ مِنْ حَيْثُ إنَّهَا وُجِدَتْ فِي عَقْد فَاسد فَاعْتَبَرْنَا فَسَادَهَا إذَا زَادَتْ وَصِحَّتَهَا إذَا انْتَقَصَتْ لانْضمَام رِضَاهَا إلَيْهَا، وَهَذَا الحَلُّ مِنْ خَوَاصِّ هَذَا الشَّرْحِ. وَإنَّمَا قَيَّدْت المُسْتَوْفَى بِقَوْلي بِهَذَا العَقْد لأَنَّ الكَلامَ فِيه وَلِئَلا يَنْتَقِضَ بِالمُفَوِّضَة فَإنَّ المُسْتَوْفَى هُنَاكَ أَيْضًا لَيْسَ بِمَال وَلَمْ يُتَقَوَّمْ بِالتَّسْمِيَة بَل بِالعَقْد. وَقَوْلُهُ: (بِخِلافِ البَيْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْل زُفَرَ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهَا العِدَّةُ) يَعْنِي فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ إذَا دَخَل بِهَا لِمَا ذَكَرَ أَنَّ الخَلوَةَ فِيه لا تَقُومُ مَقَامَ الدُّخُول فَلا بُدَّ مِنْ حَقِيقَة الدُّخُول لوُجُوبِ العِدَّة، وَيُعْتَبَرُ الجِمَاعُ فِي القُبُل حَتَّى يَصِيرَ مُسْتَوْفِيًا للمَعْقُود عَلَيْه.

وَقَوْلُهُ (إلحَاقًا للشُّبْهَة بِالحَقِيقَة) أَيْ الثَّابت مِنْ وَجْه بِالثَّابت مِنْ كُلِّ وَجْه (فِي مَوْضِعِ الاحْتِيَاط) وَكَانَ قَوْلُهُ (وَتَحَرُّزًا عَنْ اشْتِبَاه النَّسَب) تَفْسِيرًا للاحْتِيَاط بِطَرِيقِ العَطْف (وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْت التَّفْرِيقِ لا مِنْ آخرِ الوَطَآت) وَقَال زُفَرُ: يُعْتَبَرُ مِنْ آخرِ الوَطَآت حَتَّى إذَا وَطِئَ فِي النِّكَاحِ الفَاسد ثُمَّ رَأَتْ ثَلاثَ حِيَضٍ ثُمَّ فَرَّقَ القَاضِي تَعْتَدُّ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ تَكُونُ عِدَّتُهَا مُنْقَضِيَةً. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل زُفَرَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهَا تَجِبُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَة النِّكَاحِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ وُجُودُ رُكْنه مِنْ الإيجَاب وَالقَبُول (وَ) شُبْهَةُ النِّكَاحِ (رَفْعُهَا بِالتَّفْرِيقِ) وَقَوْلُهُ التَّفْرِيقَ فِي مَوْضِعَيْنِ يُشِيرُ إلى أَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ مُفَرِّق وَلَيْسَ رَفْعُ النِّكَاحِ مَوْقُوفًا عَلَى تَفْرِيقِ القَاضِي بَل لكُلِّ وَاحِد مِنْ الزَّوْجَيْنِ فَسْخُ هَذَا النِّكَاحِ بِغَيْرِ مَحْضَرِ مِنْ صَاحِبِه عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخ. وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ إنْ لَمْ يَدْخُل بِهَا فَكَذَلكَ الجَوَابُ.

وَإنْ دَخَل بِهَا فَلَيْسَ لوَاحِد مِنْهُمَا حَقُّ الفَسْخِ إلا بِمَحْضَرِ مِنْ صَاحِبه كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِد فَإنَّ لكُلِّ وَاحِد مِنْ المُتَعَاقِدَيْنِ حَقَّ الفَسْخِ دُونَ مَحْضَرِ مِنْ صَاحِبه قَبْل القَبْضِ وَلَيْس لَهُ ذَلكَ بَعْدَ القَبْضِ، فَإمَّا أَنْ يَكُونَ التَّفْرِيقُ بِمَعْنَى الرَّفْعِ وَالرَّافِعُ كُلُّ وَاحِد مِنْهُمَا، وَإمَّا أَنْ يَكُونَ وَضْعُ المَسْأَلة فِيمَا إذَا رَفَعَا حُكْمَهُمَا إلى الحَاكِمِ. وَقَوْلُهُ (وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدهَا) ظَاهِرٌ ممَّا تَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ (وَتُعْتَبَرُ مُدَّةُ النَّسَبِ مِنْ وَقْت الدُّخُول عِنْدَ مُحَمَّد) وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ كَمَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ لأَنَّ حُكْمَ الفَاسِدِ يُؤْخَذُ مِنْ

الصَّحِيحِ وَالفَتْوَى عَلى قَوْلِ مُحَمَّدٍ (لأَنَّ النِّكَاحَ الفَاسِدَ لَيْسَ بِدَاعٍ إِلَيْهِ وَالإِقَامَةَ بِاعْتِبَارِهِ) أَيْ إِقَامَةَ النِّكَاحِ مَقَامَ الوَطْءِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ النِّكَاحَ دَاعٍ إِلى الوَطْءِ وَالنِّكَاحُ الفَاسِدُ لَيْسَ بِدَاعٍ إِلَيْهِ فَلا يُقَامُ مَقَامَهُ، وَفِي تَعْلِيلِهِ هَذَا إِشَارَةٌ إِلى فَسَادِ قِيَاسِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

قَال (وَمَهرُ مِثلِهَا يُعتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ أَعمَامِهَا) لِقَوْلِ ابنِ مَسعُودٍ: لَهَا مَهرُ مِثلِ نِسَائِهَا لا وَكسَ فِيهِ وَلا شَطَطَ " وَهُنَّ أَقَارِبُ الأَبِ، وَلأَنَّ الإِنسَانَ مِن جِنسِ قَومِ أَبِيهِ، وَقِيمَةُ الشَّيءِ إِنَّمَا تُعرَفُ بِالنَّظَرِ فِي قِيمَةِ جِنسِهِ (وَلا يُعتَبَرُ بِأُمِّهَا وَخَالَتِهَا إِذَا لَم تَكُونَا مِن قَبِيلَتِهَا) لِمَا بَيَّنَّا، فَإِن كَانَت الأُمُّ مِن قَومِ أَبِيهَا بِأَن كَانَت بِنتَ عَمِّهِ فَحِينَئِذٍ يُعتَبَرُ بِمَهرِهَا لِمَا أَنَّهَا مِن قَومِ أَبِيهَا.

الشرح:

قَال (وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا) اعْلَمْ أَنَّ مَهْرَ المِثْلِ يُعْتَبَرُ بِعَشِيرَتِهَا الَّتِي مِنْ قِبَلِ أَبِيهَا كَالأَخَوَاتِ وَالعَمَّاتِ وَبَنَاتِ الأَعْمَامِ، وَقَال ابْنُ أَبِي لَيْلى: يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَقَوْمِ أُمِّهَا كَالخَالاتِ وَنَحْوِهَا لأَنَّ المَهْرَ قِيمَةُ بُضْعِ النِّسَاءِ فَيُعْتَبَرُ بِالقَرَابَاتِ مِنْ جِهَةِ النِّسَاءِ. وَلَنَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ (لَهَا مَهْرُ مِثْلِ نِسَائِهَا وَهُنَّ أَقَارِبُ الأَبِ) لأَنَّهُ أَضَافَ إِلَيْهَا وَإِنَّمَا يُضَافُ إِلى أَقَارِبِ الأَبِ لأَنَّ النَّسَبَ إِلَيْهِ، وَلأَنَّ قِيمَةَ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالرُّجُوعِ إِلى قِيمَةِ جِنْسِهِ وَالإِنْسَانُ مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أَبِيهِ لا مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أُمِّهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الأُمَّ قَدْ تَكُونُ أَمَةً وَالابْنَةَ تَكُونُ قُرَشِيَّةً تَبَعًا لأَبِيهَا.

(وَلا يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَخَالَتِهَا إِذَا لَمْ تَكُونَا مِنْ قَبِيلَتِهَا) بِأَنْ يَكُونَ أَبُوهَا تَزَوَّجَ بِنْتَ عَمِّهِ فَإِنَّ أُمَّهَا وَخَالَتَهَا تَكُونُ مِنْ قَبِيلَتِهَا. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ وَقِيمَةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالنَّظَرِ فِي قِيمَةِ جِنْسِهِ.

(وَيُعتَبَرُ فِي مَهرِ المِثلِ أَن تَتَسَاوَى المَرأَتَانِ فِي السِّنِّ وَالجَمَالِ وَالمَالِ وَالعَقلِ وَالدِّينِ وَالبَلَدِ وَالعَصرِ)؛ لأَنَّ مَهرَ المِثلِ يَختَلِفُ بِاختِلافِ هَذِهِ الأَوصَافِ، وَكَذَا يَختَلِفُ بِاختِلافِ الدَّارِ وَالعَصرِ قَالُوا: وَيُعتَبَرُ التَّسَاوِي أَيضًا فِي البَكَارَةِ؛ لأَنَّهُ يَختَلِفُ بِالبَكَارَةِ وَالثُّيُوبَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ المِثْلِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِاخْتِلافِ الدَّارِ) أَيْ البَلَدِ. وَحَاصِلُهُ

أَنَّ مَهْرَ المِثْلِ قِيمَةُ البُضْعِ وَقِيمَةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالرُّجُوعِ إِلى نَظِيرِهِ بِصِفَتِهِ، وَالمُرَادُ بِالسِّنِّ السِّنُّ وَقْتَ التَّزَوُّجِ.

(وَإِذَا ضَمِنَ الوَلِيُّ المَهرَ صَحَّ ضَمَانُهُ)؛ لأَنَّهُ مِن أَهلِ الالتِزَامِ وَقَد أَضَافَهُ إلى مَا يَقبَلُهُ فَيَصِحُّ (ثُمَّ المَرأَةُ بِالخِيَارِ فِي مُطَالَبَتِهَا زَوجَهَا أَو وَلِيَّهَا) اعتِبَارًا بِسَائِرِ الكَفَالاتِ، وَيَرجِعُ الوَلِيُّ إذَا أَدَّى عَلَى الزَّوجِ إن كَانَ بِأَمرٍ كَمَا هُوَ الرَّسمُ فِي الكَفَالَةِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ هَذَا الضَّمَانُ وَإِن كَانَت المُزَوَّجَةُ صَغِيرَةً، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ الأَبُ مَالَ الصَّغِيرَةِ وَضَمِنَ الثَّمَنَ؛ لأَنَّ الوَلِيَّ سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ فِي النِّكَاحِ، وَفِي البَيعِ عَاقِدٌ وَمُبَاشِرٌ حَتَّى تَرجِعَ العُهدَةُ عَلَيهِ وَالحُقُوقُ إليه، وَيَصِحُّ إبرَاؤُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَملِكُ قَبضَهُ بَعدَ بُلُوغِهِ، فَلَو صَحَّ الضَّمَانُ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفسِهِ وَوِلايَةُ قَبضِ المَهرِ لِلأَبِ بِحُكمِ الأُبُوَّةِ لا بِاعتِبَارِ أَنَّهُ عَاقِدٌ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَملِكُ القَبضَ بَعدَ بُلُوغِهَا فَلا يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفسِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا ضَمِنَ الوَلِيُّ المَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ) يَعْنِي إِذَا زَوَّجَ الوَلِيُّ ابْنَتَهُ وَضَمِنَ لَهَا المَهْرَ عَنْ الزَّوْجِ صَحَّ (لأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الالتِزَامِ، وَقَدْ أَضَافَ الضَّمَانَ إلى مَا يَقْبَلُ الضَّمَانَ) وَهُوَ المَهْرُ لأَنَّ المَهْرَ دَيْنٌ وَالكَفَالَةُ وَالضَّمَانُ يَصِحَّانِ فيه.

فَإِنْ قُلت: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ أَنَّ الوَلِيَّ زَوَّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ وَضَمِنَ عَنْهُ المَهْرَ لِلمَرْأَةِ. قُلت يَنْبُو عَنْهُ قَوْلُهُ :(ثُمَّ المَرْأَةُ بِالخِيَارِ) وَإِنْ كَانَا فِي الصِّحَّةِ سَوَاءً؛ وَذَكَرَ فِي بَابِ الوَلِيمَةِ مِنْ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ الأَبَ إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَ امْرَأَةً فَلِلمَرْأَةِ أَنْ تُطَالِبَ بِالمَهْرِ مِنْ أَبِ الزَّوْجِ فَيُؤَدِّيَ الأَبُ مِنْ مَالِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَإِنْ لَمْ يَضْمَنْ الأَبُ بِاللَّفْظِ صَرِيحًا، بِخِلافِ الوَكِيلِ إِذَا زَوَّجَ فَإِنَّهُ لَيسَ لِلمَرْأَةِ أَنْ تُطَالِبَ الوَكِيلَ بِالمَهْرِ مَا لَمْ يَضْمَنْ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ المَرْأَةُ بِالخِيَارِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ) أَيْ إِبْرَاءُ الأَبِ المُشْتَرِيَ وَكَذَلِكَ الوَصِيُّ وَيَمْلِكُ قَبْضَهُ) أَيْ يَمْلِكُ الأَبُ قَبْضَ الثَّمَنِ بَعْدَ بُلُوغِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَوِلايَةُ قَبْضِ المَهْرِ لِلأَبِ بِحُكْمِ الأُبُوَّةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ الأَبَ يَمْلِكُ قَبْضَ الصَّدَاقِ أَيْضًا كَالوَكِيلِ يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ، فَلَوْ صَحَّ الضَّمَانُ صَارَ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَذَلِكَ لا يَجُوزُ هُنَاكَ فَكَذَلِكَ فِي الأَبِ.

قَالَ (وَلِلمَرأَةِ أَن تَمنَعَ نَفسَهَا حَتَّى تَأخُذَ المَهرَ وَتَمنَعَهُ أَن يُخرِجَهَا) أَي يُسَافِرَ بِهَا

لِيَتَعَيَّنَ حقُّهَا فِي البَدَل كَمَا تَعَيَّنَ حقُّ الزَّوجِ فِي المُبدَل فَصَارَ كَالبَيعِ، وَليسَ للزَّوجِ أَن يَمنعَهَا مِن السَّفرِ وَالخُرُوجِ مِن مَنزِلِهِ وَزِيَارَةِ أَهلهَا حَتَّى يُوَفِّيَهَا المَهرَ كُلَّهُ: أي المُعَجَّلُ مِنهُ لأنَّ حَقَّ الحَبسِ لاستِيفَاءِ المُستَحَقِّ، وَليسَ لهُ حَقُّ الاستِيفَاءِ قَبلَ الإيفَاءِ، وَلو كَانَ المَهرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلا ليسَ لهَا أن تَمنعَ نَفسَهَا لإِسقَاطِهَا حَقَّهَا بِالتَّأجِيل كَمَا فِي البَيعِ.

فِيهِ خِلافُ أَبِي يُوسُفَ، وَإِن دَخَل بِهَا فَكَذَلكَ الجَوَابُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: ليسَ لهَا أَن تَمنَعَ نَفسَهَا. وَالخِلافُ فِيمَا إِذَا كَانَ الدُّخُولُ بِرِضَاهَا حَتَّى لو كَانَت مُكرَهَةً أَو كَانَت صَبِيَّةً أَو مَجنُونَةً لا يَسقُطُ حَقُّهَا فِي الحَبسِ بِالاتِّفَاقِ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ الخَلوَةُ بِهَا بِرِضَاهَا. وَيَبتَنِي عَلى هَذَا استِحقَاقُ النَّفقَةِ.

لهُمَا أَنَّ المَعقُودَ عَليهِ كُلَّهُ قَد صَارَ مُسَلَّمًا إليهِ بِالوَطأَةِ الوَاحِدَةِ وَبِالخَلوَةِ، وَلهَذَا يَتَأَكَّدُ بِهَا جَمِيعُ المَهرِ فَلم يَبقَ لهَا حَقُّ الحَبسِ، كَالبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ المَبِيعَ. وَلهُ أَنَّهَا مَنَعَت مِنهُ مَا قَابَل البَدَل؛ لأَنَّ كُلَّ وَطأَةٍ تُصرَفُ فِي البُضعِ المُحتَرَمِ فَلا يُخلى عَن العِوَضِ إِبَانَةً لخَطَرِهِ، وَالتَّأكِيدُ بِالوَاحِدَةِ لجَهَالةِ مَا وَرَاءَهَا فَلا يَصلُحُ مُزَاحِمًا للمَعلُومِ.

ثُمَّ إذَا وُجِدَ آخَرُ وَصَارَ مَعلُومًا تَحَقَّقَت المُزَاحَمَةُ وَصَارَ المَهرُ مُقَابَلا بِالكُلِّ كَالعَبدِ إِذَا جَنَى جِنَايَةً يَدفَعُ كُلَّهُ بِهَا، ثُمَّ إِذَا جَنَى جِنَايَةً أُخرَى وَأُخرَى يَدفَعُ بِجَمِيعِهَا، وَإِذَا أَوفَاهَا مَهرَهَا نَقَلهَا إِلى حَيثُ شَاءَ لقَولِهِ تَعَالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ **[الطلاق: ٦]، وَقِيل لا يُخرِجُهَا إِلى بَلَدٍ غَيرِ بَلَدِهَا؛ لأَنَّ الغَرِيبَ يُؤذَى وَفِي قُرَى المِصرِ القَرِيبَةِ لا تَتَحَقَّقُ الغُربَةُ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَللمَرْأَة أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا) أَيْ إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلى مَهْرٍ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ المَهْرُ كُلُّهُ مُعَجَّلا أَوْ مُؤَجَّلا، أَوْ بَعْضُهُ مُعَجَّلا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلا؛ فَإِنْ كَانَ الكُلُّ مُعَجَّلا فَإِمَّا إنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُل، فَإِنْ لَمْ يَدْخُل بِهَا فَللمَرْأَة أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا (حَتَّى تَأْخُذَ المَهْرَ وَلَهَا أَنْ تَمْنَعَهُ عَنْ إخْرَاجِهَا) إلى السَّفَرِ (لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهَا فِي البَدَل) وَهُوَ المَهْرُ (كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِي المُبْدَل) وَهُوَ البُضْعُ (فَصَارَ كَالبَيْعِ) فِي أَنَّ البَائِعَ لهُ أَنْ يَحْبِسَ المَبِيعَ حَتَّى يَأْخُذَ الثَّمَنَ تَسْوِيَةً بَيْنَ البَدَليْنِ فِي التَّعْيِينِ.

(وَليْسَ للزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ السَّفَرِ وَالخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِه وَزِيَارَةِ أَهْلِهَا حَتَّى يُوفِيَهَا

المَهْرَ كُلَّهُ لأَنَّ حَقَّ الحَبْسِ لاسْتِيفَاءِ المُسْتَحَقِّ وَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الاسْتِيفَاءِ قَبْلَ الإِيفَاءِ) وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَتَذَكَّرَهُ وَإِنْ كَانَ الكُلُّ مُؤَجَّلا، فَإِمَّا أَنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا لأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا بِالتَّأْجِيلِ.

وَفِيهِ خِلافُ أَبِي يُوسُفَ قَالَ: مُوجَبُ النِّكَاحِ عِنْدَ الإِطْلاقِ تَسْلِيمُ المَهْرِ أَوَّلا عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا، فَحِينَ قَبِلَ الزَّوْجُ الأَجَلَ مَعَ عِلْمِهِ بِمُوجَبِ العَقْدِ فَقَدْ رَضِيَ بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ إِلَى أَنْ يُوفِيَ المَهْرَ بَعْدَ حُلُولِ الأَجَلِ، وَبِهِ فَارَقَ البَيْعَ لأَنَّ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ أَوَّلا لَيْسَ مِنْ مُوجَبَاتِ البَيْعِ لا مَحَالَةَ؛ أَلا تَرَى أَنَّ البَيْعَ لَوْ كَانَ مُقَايَضَةً لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُ أَحَدِ البَدَلَيْنِ أَوَّلا فَلَمْ يَكُنْ المُشْتَرِي رَاضِيًا بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ فِي المَبِيعِ إِلَى أَنْ يُوفِيَ الثَّمَنَ.

وَقَوْلُهُ: (لإِسْقَاطِهَا حَقَّهَا بِالتَّأْجِيلِ) فَإِطْلاقُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا المَنْعُ لا قَبْلَ حُلُولِ الأَجَلِ وَلا بَعْدَهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، أَمَّا قَبْلَ الحُلُولِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا بَعْدَهُ فَلأَنَّ هَذَا العَقْدَ مَا أَوْجَبَ حَقَّ الحَبْسِ فَلا يَثْبُتُ بَعْدَهُ، وَفِي هَذَا الوَجْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا حَقُّ المَنْعِ قَبْلَ الدُّخُولِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَلأَنْ لا يَكُونَ لَهَا ذَلِكَ بَعْدَهُ أَوْلَى.

قَوْلُهُ (وَإِنْ دَخَلَ بِهَا) يَعْنِي فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ (فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يَعْنِي لِلمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا حَتَّى تَأْخُذَ المَهْرَ. وَقَالا: لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إِذَا كَانَ الدُّخُولُ بِرِضَاهَا، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُكْرَهَةً أَوْ صَبِيَّةً أَوْ مَجْنُونَةً فَلا يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الحَبْسِ بِالاتِّفَاقِ (وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الخَلْوَةُ بِهَا) إِنْ كَانَتْ (بِرِضَاهَا) فَعَلَى الاخْتِلافِ وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ رِضَاهَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهَا بِالاتِّفَاقِ (وَيُبْتَنَى عَلَى هَذَا اسْتِحْقَاقُ النَّفَقَةِ) تَسْتَحِقُّهَا مُدَّةَ المَنْعِ عِنْدَهُ لأَنَّهُ مَنْعٌ بِحَقٍّ وَلا تَسْتَحِقُّهَا عِنْدَهُمَا لأَنَّهَا نَاشِزَةٌ (لَهُمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ كُلَّهُ قَدْ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالوَطْأَةِ الوَاحِدَةِ وَبِالخَلْوَةِ وَلِهَذَا يَتَأَكَّدُ بِهَا جَمِيعُ المَهْرِ) وَتَسْلِيمُهُ يَنْفِي حَقَّ الحَبْسِ كَالبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ المَبِيعَ. وَقَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنَّهَا مَنَعَتْ مِنْهُ) جَازَ أَنْ يَكُونَ مُنَاقَضَةً، وَتَقْرِيرُهُ: أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ كُلَّهُ قَدْ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالوَطْأَةِ الوَاحِدَةِ فَإِنَّهَا مَنَعَتْ مِنْهُ (مَا قَابَلَ البَدَلَ لأَنَّ كُلَّ وَطْأَةٍ تَصَرُّفٌ فِي البُضْعِ المُحْتَرَمِ) وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ كُلِّهِ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُعَارَضَةً وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهَا مَنَعَتْ مِنْهُ مَا قَابَلَ البَدَلَ لأَنَّ كُلَّ وَطْأَةٍ تَصَرُّفٌ فِي البُضْعِ المُحْتَرَمِ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ لا يُخَلَّى عَنْ البَدَلِ إِبَانَةً لِخَطَرِهِ وَالمَنْعُ عَمَّا يُقَابِلُ البَدَلَ صَحِيحٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَالتَّأْكِيدُ بِالوَاحِدَةِ) أَيْ بِالوَطْأَةِ الوَاحِدَةِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا يَتَأَكَّدُ بِهَا جَمِيعُ المَهْرِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ مُعَجَّلًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا كَانَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ قَبْلَ أَدَاءِ المُعَجَّلِ، فَإِذَا أَدَّى لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ إلا بِإِذْنِه. فَإِنْ قُلت: فَإِنْ سَمَّوْا المَهْرَ سَاكِتِينَ عَنْ التَّعْجِيلِ وَالتَّأْجِيرِ مَاذَا يَكُونُ حُكْمُهُ؟ قُلت: يَجِبُ حَالًا، وَقَدْ أُشِيرَ إلَى ذَلِكَ فِي دَلِيلِ أَبِي يُوسُفَ آنِفًا فَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ مَا شُرِطَ تَعْجِيلُهُ (وَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إلَى حَيْثُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ وَقِيلَ لَا يُخْرِجُهَا إلَى بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهَا) وَهُوَ قَوْلُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ (لِأَنَّ الغَرِيبَ يُؤْذِي) قَالَ ظَهِيرُ الدِّينِ المَرْغِينَانِيُّ: الأَخْذُ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْلَى مِنْ الأَخْذِ بِقَوْلِ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ. وَرُدَّ بِأَنَّ الفَقِيهَ هُوَ الَّذِي أَخَذَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ قَوْلَهُ ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ دَلِيلٌ مَخْصُوصٌ بِدَلِيلٍ مُسْتَقِلٍّ مُقَارِنٍ وَهُوَ قَوْلُهُ ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾.

(وَفِي قُرَى المِصْرِ القَرِيبَةِ لَا تَتَحَقَّقُ الغُرْبَةُ) سُئِلَ أَبُو القَاسِمِ الصَّفَّارُ عَمَّنْ يُخْرِجُهَا مِنْ المَدِينَةِ إلَى القَرْيَةِ وَمِنْ القَرْيَةِ إلَى المَدِينَةِ فَقَالَ: ذَلِكَ تَبْوِئَةٌ وَلَيْسَ بِسَفَرٍ، وَإِخْرَاجُهَا مِنْ بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ سَفَرٌ لَيْسَ بِتَبْوِئَةٍ.

قَال (وَمَن تَزَوَّجَ امرَأَةً ثُمَّ اختَلَفَا فِي المَهرِ) فَالقَولُ قَولُ المَرأَةِ إلى مَهرِ مِثلِهَا، وَالقَولُ قَولُ الزَّوجِ فِيمَا زَادَ عَلَى مَهرِ المِثل، وَإِن طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا فَالقَولُ قَولُهُ فِي نِصفِ المَهرِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: القَولُ قَولُهُ قَبل الطَّلَاقِ وَبَعدَهُ إلا أَن يَأتِيَ بِشَيءٍ قَلِيلٍ، وَمَعنَاهُ مَا لا يُتَعَارَفُ مَهرًا لَهَا هُوَ الصَّحِيحُ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَرأَةَ تَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَالزَّوجُ يُنكِرُ وَالقَولُ قَولُ المُنكِرِ مَعَ يَمِينِهِ إلا أَن يَأتِيَ بِشَيءٍ يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ فِيهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضعِ ضَرُورِيٌّ، فَمَتَى أَمكَنَ إيجَابُ شَيءٍ مِن المُسَمَّى لا يُصَارُ إليهِ.

وَلَهُمَا أَنَّ القَول فِي الدَّعَاوَى قَولُ مَن يَشهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لِمَن يَشهَدُ لَهُ مَهرُ المِثل؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ الأَصلِيُّ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَصَارَ كَالصَّبَّاغِ مَعَ رَبِّ الثَّوبِ إذَا اختَلَفَا فِي مِقدَارِ الأَجرِ يَحكُمُ فِيهِ القِيمَةَ الصَّبغُ. ثُمَّ ذَكَرَ هَهُنَا أَنَّ بَعدَ الطَّلَاقِ قَبل الدُّخُول القَول قَولُهُ فِي نِصفِ المَهرِ، وَهَذَا رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالأَصل، وَذَكَرَ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ أَنَّهُ يَحكُمُ مُتعَةُ مِثلِهَا وَهُوَ قِيَاسُ قَولِهِمَا؛ لِأَنَّ المُتعَةَ مُوجَبَةٌ بَعدَ الطَّلَاقِ

كَمَهرِ المِثل قَبلهُ فتَحكُمُ كَهُوَ. ووَجهُ التَّوفِيقِ أَنَّهُ وَضَعَ المَسأَلةَ فِي الأَصل فِي الأَلفِ وَالأَلفَينِ، وَالمُتعةُ لا تَبلُغُ هَذَا المَبلغَ فِي العَادَةِ فَلا يُفِيدُ تَحكِيمُهَا، ووَضعُهَا فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ فِي العَشَرَةِ وَالمِائَةِ وَمُتعَةُ مِثلهَا عِشرُونَ فَيُفِيدُ تَحكِيمُهَا، وَالمَذكُورُ فِي الجَامعِ الصَّغِيرِ سَاكِتٌ عَن ذِكرِ المِقدَارِ فيُحملُ عَلى مَا هُوَ المَذكُورُ فِي الأَصل.

وَشَرحُ قَولهِمَا فِيمَا إِذَا اختَلفَا فِي حَال قِيَامِ النِّكَاحِ أَنَّ الزَّوجَ إِذَا ادَّعَى الأَلفَ وَالمَرأَةَ الأَلفَينِ، فَإِن كَانَ مِن مَهرِ مِثلهَا أَلفًا أَو أَقلَّ فَالقَولُ قَولُهُ، وَإِن كَانَ أَلفَينِ أَو أَكثَرَ فَالقَولُ قَولُهَا، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ فِي الوَجهَينِ تُقبَلُ. وَإِن أَقَامَا البَيِّنَةَ فِي الوَجهِ الأَوَّل تُقبَلُ بَيِّنَتُهَا؛ لأَنَّهَا تُثبِتُ الزِّيَادَةَ. وَفِي الوَجهِ الثَّانِي بَيِّنَتُهُ؛ لأَنَّهَا تُثبِتُ الحَطَّ، وَإِن كَانَ مَهرُ مِثلهَا أَلفًا وَخَمسَمِائَةٍ تَحَالفَا، وَإِذَا حَلفَا يَجِبُ أَلفٌ وَخَمسُمِائَةٍ. هَذَا تَخرِيجُ الرَّازِيِّ.

وَقَال الكَرخِيُّ: يَتَحَالفَانِ فِي الفُصُول الثَّلاثَةِ ثُمَّ يَحكُمُ مَهرُ المِثل بَعدَ ذَلكَ، وَلو كَانَ الاختِلافُ فِي أَصل المُسَمَّى يَجِبُ مَهرُ المِثل بِالإِجمَاعِ؛ لأَنَّهُ هُوَ الأَصلُ عِندَهُمَا، وَعِندَهُ تَعذَّرَ القَضَاءِ بِالمُسَمَّى فَيُصَارُ إِليهِ، وَلو كَانَ الاختِلافُ بَعدَ مَوتِ أَحَدِهِمَا فَالجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي حَيَاتِهِمَا؛ لأَنَّ اعتِبَارَ مَهرِ المِثل لا يَسقُطُ بِمَوتِ أَحَدِهِمَا، وَلو كَانَ الاختِلافُ بَعدَ مَوتِهِمَا فِي المِقدَارِ فَالقَولُ قَولُ وَرَثَةِ الزَّوجِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلا يُستَثنَى القَليلُ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ الجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي حَالةِ الحَيَاةِ، وَإِن كَانَ فِي أَصل المُسَمَّى فَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ القَولُ قَولُ مَن أَنكَرَهُ، فَالحَاصِلُ أَنَّهُ لا حُكمَ لِمَهرِ المِثل عِندَهُ بَعدَ مَوتِهِمَا عَلى مَا نُبَيِّنُهُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ اخْتَلفَا فِي المَهْرِ) هَذه المَسْأَلةُ عَلى وُجُوه، لأَنَّ الاخْتِلافَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَيَاتِهِمَا أَوْ تَخْتَلفَ الوَرَثَةُ بَعْدَ مَمَاتِهِمَا أَوْ يَكُونَ بَعْدَ مَوْت أَحَدِهِمَا، فَإِنْ كَانَ فِي حَيَاتِهِمَا فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْل الطَّلاق أَوْ بَعْدَهُ. وَكُلٌّ ذَلكَ عَلى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الاخْتِلافُ فِي أَصْل التَّسْمِيَةِ أَوْ فِي مِقْدَارِ المُسَمَّى، أَمَّا إِذَا كَانَ الاخْتِلافُ فِي حَال قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَ الفُرْقَة بَعْدَ الدُّخُول أَوْ بَعْدَ مَوْت أَحَدِهِمَا فَالقَوْلُ قَوْلُ المَرْأَة إِلى تَمَامِ مَهْرِ مِثْلهَا أَوْ وَرَثَتِهَا، وَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أَوْ وَرَثَته فِي الزِّيَادَة فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَكَلامُهُ فِي تَحْرِيرِ المَذَاهِب ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايِخِنَا فِي تَفْسِيرِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: إنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يَكُونُ دُونَ الْعَشَرَةِ فَإِنَّهُ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا لِأَنَّهُ لا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَالأَصَحُّ أَنَّ مُرَادَهُ أَنْ يَدَّعِيَ شَيْئًا قَلِيلا يُعْلَمُ أَنَّهُ لا يُتَزَوَّجُ مِثْلُ تِلْكَ الْمَرْأَةِ عَلَى ذَلِكَ الْمَهْرِ عَادَةً فَإِنَّهُ ذَكَرَ هَذَا اللَّفْظَ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا إذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ بَعْدَ هَلاكِ السِّلْعَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي إلا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ وَلَيْسَ فِي الثَّمَنِ تَقْدِيرٌ شَرْعًا. وَقَوْلُهُ (لا يُصَارُ إلَيْهِ) أَيْ إلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِهِمَا) أَيْ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِنَّمَا خَصَّهُمَا بِالذِّكْرِ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُتْعَةَ مُوجَبَةٌ بَعْدَ الطَّلاقِ) أَيْ مُوجَبِ الْعَقْدِ. إذَا كَانَ الطَّلاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ (كَمَهْرِ الْمِثْلِ قَبْلَهُ) أَيْ قَبْلَ الطَّلاقِ (فَتَحَكُّمُ) الْمُتْعَةُ بَعْدَ الطَّلاقِ كَمَهْرِ الْمِثْلِ قَبْلَهُ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ) أَيْ بَيْنَ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَبَيْنَ رِوَايَتَيْ الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) يَعْنِي مَعَ الْيَمِينِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الدَّعَاوَى أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ نَكَلَ يُقْضَى عَلَيْهِ بِأَلْفَيْ دِرْهَمٍ كَمَا لَوْ أَقَرَّ لِأَنَّ النُّكُولَ إقْرَارٌ (وَإِنْ كَانَ أَلْفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) أَيْ مَعَ يَمِينِهَا لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عَلَيْهَا الْحَطَّ وَهِيَ تُنْكِرُ، فَإِنْ نَكَلَتْ يُقْضَى بِأَلْفِ دِرْهَمٍ لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ بِالْحَطِّ، وَإِنْ حَلَفَتْ يُقْضَى لَهَا بِأَلْفَيْ دِرْهَمٍ أَلْفٍ بِطَرِيقِ التَّسْمِيَةِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى تَسْمِيَةِ الأَلْفِ وَأَلْفٍ بِاعْتِبَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَفَائِدَةُ هَذَا أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ فِي هَذَا الأَلْفِ إنْ شَاءَ أَعْطَى الدَّرَاهِمَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الدَّنَانِيرَ (وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيْ فِيمَا إذَا شَهِدَ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلزَّوْجِ وَفِيمَا إذَا شَهِدَ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلْمَرْأَةِ (تُقْبَلُ، وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فِي الْوَجْهِ الأَوَّلِ) وَهُوَ مَا إذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ شَاهِدًا لِلزَّوْجِ (تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ مَا إذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ شَاهِدًا لِلْمَرْأَةِ تُقْبَلُ (بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْحَطَّ) وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ تُثْبِتُ مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ ظَاهِرًا.

(وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ تَحَالَفَا) لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عَلَيْهَا الْحَطَّ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَهِيَ تُنْكِرُ، وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِي عَلَيْهِ الزِّيَادَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُقْرِعَ الْقَاضِي

بَيْنَهُمَا فِي البدَايَةِ لاسْتوائهِمَا، فَإِنْ نَكَل الزَّوْجُ يُقْضَى بأَلفٍ وَخَمْسمائَة كَمَا لوْ أَقرَّ بذَلكَ صَرِيحًا، وَإِنْ نَكلتْ المَرْأَةُ وَجَبَ المُسَمَّى أَلفٌ لأَنَّهَا أَقَرَّتْ بالحَطِّ، وَإِنْ حَلفَا جَميعًا وَجَبَ أَلفٌ وَخَمْسُمائَة أَلفٌ بطَريقِ التَّسْميَةِ لا يُخيَّرُ الزَّوْجُ فيهَا لاتِّفَاقهِمَا عَلى تَسْميَةِ الأَلفِ وَخَمْسُمائَة باعْتبَارِ مَهْرِ المِثْل يُخيَّرُ فيهَا الزَّوْجُ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البيِّنَة قُبلتْ بيِّنتُهُ.

وَإِنْ أَقَامَا يُقْضَى بأَلفٍ وَخَمْسمائَة؛ أَلف بطَريقِ التَّسْميَة وَخَمْسمائَة باعْتبَارِ مَهْرِ المِثْل لأَنَّ البَيِّنَتيْنِ بَطَلتَا لمَكَانِ التَّعَارُضِ، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي هَذَا الفَصْل أَنَّ بَيِّنَةَ المَرْأَة أَوْلى لإِثْبَاتهَا الزِّيَادَةَ. وَذَكَرَ الإِمَامُ المَحْبُوبِيُّ بَعْدَ ذكْرِ وُجُوبِ مَهْرِ المِثْل فيمَا إِذَا تَحَالفَا فَقَال ثُمَّ إِذَا تَحَالفَا يُبْدَأُ بيَمينِ الزَّوْجِ لأَنَّهُ أَبْيَنُهُمَا إِنْكَارًا وَإِنْ أَقَامَا البيِّنَة فَالبيِّنَةُ بيِّنَةُ المَرْأَة لأَنَّهَا تُثْبتُ الزِّيَادَةَ وَالبيِّنَةُ مَشْرُوعَةٌ للإِثْبَات.

(هَذَا تَخْرِيجُ الرَّازِيِّ. وَقَال الكَرْخيُّ: يَتَحَالفَان فِي الفُصُول الثَّلاثَة) عَلى قَوْل أَبِي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَهْرُ المِثْل شَاهدًا لهُ أَوْ شَاهدًا لهَا أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يُصَارُ إِلى مَهْرِ المِثْل لأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلى أَصْل التَّسْميَة، وَالتَّسْميَةُ الصَّحيحَةُ تَمْنَعُ المَصيرَ إِلى مَهْرِ المِثْل، وَإِذَا حَلفَا تَعَذَّرَ التَّسْميَةُ فَيُحَكَّمُ مَهْرُ المِثْل.

قيل قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ أَصَحُّ لأَنَّ تَحْكيمَ المَهْرِ ليْسَ لإِيجَابِ مَهْرِ المِثْل، وَإِنَّمَا هُوَ لمَعْرِفَةِ مَنْ يَشْهَدُ لهُ الظَّاهرُ، ثُمَّ الأَصْلُ فِي الدَّعَاوَى أَنَّ القَوْل قَوْلُ مَنْ يَشْهَدُ لهُ الظَّاهرُ مَعَ يَمينه (وَلوْ كَانَ الاخْتلافُ فِي أَصْل المُسَمَّى) بأَنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا التَّسْميَةَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ كَانَ القَوْلُ قَوْل مَنْ يُنْكرُ التَّسْميَةَ.

(وَيَجبُ مَهْرُ المِثْل بالإِجْمَاعِ) المُرَكَّب، أَمَّا عنْدَهُمَا فَلأَنَّهُ الأَصْلُ فِي التَّحْكيمِ، وَأَمَّا عنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلأَنَّهُ تَعَذَّرَ القَضَاءُ بالمُسَمَّى لعَدَمِ ثُبُوت التَّسْميَة للاخْتلاف فَيَجبُ مَهْرُ المِثْل كَمَا لوْ تَزَوَّجَهَا وَلمْ يُسَمِّ لهَا مَهْرًا. (وَلوْ كَانَ الاخْتلافُ بَعْدَ مَوْت أَحَدهمَا) بَيْنَ الحَيِّ وَوَرَثَة المَيِّت (فَالجَوَابُ فيه كَالجَوَاب فِي حَيَاتهمَا) فِي الأَصْل، وَالمقْدَارُ فِي الأَصْل يَجبُ مَهْرُ المِثْل بَعْدَ الدُّخُول وَالمُتْعَةُ قَبْلهُ، وَفِي المقْدَارِ عنْدَهُمَا يُحَكَّمُ مَهْرُ المِثْل لأَنَّ مَهْرَ المِثْل لا يَسْقُطُ بمَوْت أَحَدهمَا أَلا تَرَى إِلى مَسْأَلة المُفَوِّضَة إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا وَعنْدَهُ القَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أَوْ وَرَثَته لمَا تَقَدَّمَ.

(وَلَوْ كَانَ الاخْتِلافُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي المِقْدَارِ فَالقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَة الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلا يُسْتَثْنَى القَلِيلُ) خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَسْتَثْنِيه كَمَا تَقَدَّمَ (وَعِنْدَ مُحَمَّد الجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي حَالَة الحَيَاة) بِحُكْمِ مَهْرِ المِثْل وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لكِنَّهُ تَرَكَهُ اسْتِحْسَانًا لِمَا نَذْكُرُهُ وَإِنْ كَانَ الاخْتِلافُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي أَصْلِ التَّسْمِيَة، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ القَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَنْكَرَهُ لا يُحَكَّمُ مَهْرُ المِثْل. وَقَوْلُهُ (لِمَا نُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ) إِشَارَةٌ إِلَى دَلِيل أَبِي حَنِيفَةَ فِي المَسْأَلة الَّتِي تَلِي هَذه المَسْأَلَةَ.

قَال (وَإِذَا مَاتَ الزَّوجَانِ وَقَد سَمَّى لهَا مَهرًا فَلوَرَثَتِهَا أَن يَأخُذُوا ذَلكَ مِن مِيرَاثِ الزَّوجِ، وَإِن لم يَكُن سَمَّى لهُ مَهرًا فَلا شَيءَ لوَرَثَتِهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَة. وَقَالا: لوَرَثَتِهَا المَهرُ فِي الوَجهَينِ) مَعنَاهُ المُسَمَّى فِي الوَجهِ الأَوَّل وَمَهرُ المِثل فِي الوَجهِ الثَّانِي، أَمَّا الأَوَّلُ؛ فَلأَنَّ المُسَمَّى دَينٌ فِي ذِمَّتِهِ وَقَد تَأَكَّدَ بِالمَوتِ فَيُقضَى مِن تَركَتِهِ، إلا إذَا عُلمَ أَنَّهَا مَاتَت أَوَّلا فَيَسقُطُ نَصِيبُهُ مِن ذَلكَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجهُ قَولهِمَا أَنَّ مَهرَ المِثل صَارَ دَينًا فِي ذِمَّتِهِ كَالمُسَمَّى فَلا يَسقُطُ بِالمَوتِ كَمَا إذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا. وَلأَبِي حَنِيفَة أَنَّ مَوتَهُمَا يَدُلُّ عَلى انقِرَاضِ أَقرَانِهِمَا فَبِمَهرِ مَن يُقَدِّرُ القَاضِي مَهرَ المِثل.

الشرح:

قَال (وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَان وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا فَلورَثَتِهَا أَنْ يَأْخُذُوا ذَلكَ مِنْ مِيرَاثِ الزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا فَلا شَيْءَ لوَرَثَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لوَرَثَتِهَا المَهْرُ فِي الوَجْهَيْنِ مَعْنَاهُ) أَيْ مَعْنَى قَوْله لوَرَثَتِهَا المَهْرُ فِي الوَجْهَيْنِ (المُسَمَّى فِي الوَجْه الأَوَّل) وَهُوَ مَا إذَا سَمَّى (وَمَهْرُ المِثْل فِي الوَجْه الثَّانِي) وَهُوَ مَا إذَا لَمْ يُسَمِّ (أَمَّا الأَوَّلُ) وَهُوَ وُجُوبُ المُسَمَّى (فَلأَنَّ المُسَمَّى دَيْنٌ فِي ذِمَّته) إمَّا بِثُبُوته بِالبَيِّنَة أَوْ بِالتَّصَادُق.

(وَقَدْ تَأَكَّدَ بِالمَوْت فَيُقْضَى مِنْ تَركَته) إذَا عُلمَ أَنَّهُمَا مَاتَا مَعًا أَوْ لَمْ يُعْلمْ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلا أَوْ عُلمَ أَنَّ الزَّوْجَ مَاتَ أَوَّلا، وَأَمَّا إذَا عُلمَ أَنَّهَا مَاتَتْ أَوَّلا فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ مِنْ ذَلكَ (وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلهِمَا أَنَّ مَهْرَ المِثْل صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّته كَالمُسَمَّى فَلا يَسْقُطُ بِالمَوْت كَمَا إذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا) وَهُوَ قِيَاسُ قَوْله لكِنْ اسْتَحْسَنَ فَقَال (إنَّ مَوْتَهُمَا يَدُلُّ عَلَى انْقِرَاضِ أَقْرَانِهِمَا فَبِمَهْرِ مَنْ يُقَدِّرُ القَاضِي مَهْرَ المِثْل).

وَهَذَا يُشِيرُ إلى أَنَّ وَضْعَ المَسْأَلةِ فِي صُورَةِ التَّقَادُمِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ اسْتَدَلَّ فَقَالَ: أَرَأَيْت لوْ ادَّعَى وَرَثَةُ عَلِيٍّ عَلى وَرَثَةِ عُمَرَ مَهْرَ أُمِّ كُلْثُومٍ أَكُنْت أَقْضِي فِيه بِشَيْءٍ؟ وَهَذَا لأَنَّ مَهْرَ المِثْلِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الأَوْقَاتِ، فَإِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ وَانْقَرَضَ أَهْلُ ذَلِكَ العَصْرِ يَتَعَذَّرُ عَلى القَاضِي الوُقُوفُ عَلى مِقْدَارِ مَهْرِ المِثْلِ، وَعَلى هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ العَهْدُ مُتَقَادِمًا بِأَنْ لَمْ يَخْتَلِفْ مَهْرُ مِثْلِ هَذِهِ المَرْأَةِ يُقْضَى بِمَهْرِ مِثْلِهَا.

وَلِلْمَشَايِخِ طَرِيقٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ مَهْرَ المِثْلِ مِنْ حَيْثُ هُوَ قِيمَةُ البُضْعِ يُشْبِهُ المُسَمَّى، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ يُشْبِهُ الصِّلَةَ كَالنَّفَقَةِ؛ فَبِاعْتِبَارِ الشَّبَهِ الأَوَّلِ لَمْ يَسْقُطْ فَلا يَسْقُطُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَبِاعْتِبَارِ الشَّبَهِ الثَّانِي يَسْقُطُ فَيَسْقُطُ بِمَوْتِهِمَا لأَنَّ المُسْقِطَ تَأَكَّدَ بِالمَوْتِ.

(وَمَن بَعَثَ إلى امرَأَتِهِ شيئًا فقَالت هُوَ هَدِيَّة وَقَال الزَّوجُ هُوَ مِن المَهرِ فَالقَولُ قَولُهُ)؛ لأَنَّهُ هُوَ المُملِّكُ فكَانَ أعرَفَ بِجِهَةِ التَّمليكِ، كَيفَ وَأَنَّ الظَّاهِرَ أنَّهُ يَسعَى فِي إسقَاطِ الوَاجِبِ. قَال (إلا فِي الطَّعَامِ الَّذي يُؤكَلُ فَإنَّ القَول قَولُهَا) وَالمُرَادُ مِنهُ مَا يَكُونُ مُهَيَّأً للأكلِ؛ لأنَّهُ يَتَعَارَفُ هَدِيَّةً، فَأمَّا فِي الحِنطَةِ وَالشَّعيرِ فَالقَولُ قَولُهُ لمَا بَيَّنَّا، وَقِيل مَا يَجِبُ عَليهِ مِن الخِمَارِ وَالدِّرعِ وَغَيرِهِمَا ليسَ لهُ أن يَحتَسِبَهُ مِن المَهرِ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَاللَّهُ أعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَعَثَ إلى امْرَأَتِهِ شَيْئًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) أَيْ مَعَ يَمِينِهِ فَإِنْ حَلفَ وَالمَتَاعُ قَائِمٌ لِلمَرْأَةِ أَنْ تَرُدَّ وَتَرْجِعَ بِمَا بَقِيَ مِنْ المَهْرِ وَإِنْ كَانَ هَالِكًا لَمْ تَرْجِعْ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ وَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَسْعَى فِي إِسْقَاطِ الوَاجِبِ. وَقَوْلُهُ (وَقِيل مَا يَجِبُ عَلَيْهِ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالوُجُوبِ لأَنَّهُ إِذَا بَعَثَ الخُفَّ وَالمُلاءَةَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْتَسِبَهُ مِنْ المَهْرِ لأَنَّ ذَلِكَ لا يُجِيبُهُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَغَيْرِهِمَا) قِيل كَمَتَاعِ البَيْتِ.

فصل

(وَإذَا تَزَوَّجَ النَّصرَانِيُّ نَصرَانِيَّةً عَلى مَيتَةٍ أَو عَلى غَيرِ مَهرٍ وَذَلكَ فِي دِينِهِم جَائِزٌ فَدَخَل بِهَا أَو طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا أَو مَاتَ عَنهَا فَليسَ لهَا مَهرٌ، وَكَذَلكَ الحَربِيَّانِ فِي دَارِ الحَربِ) وَهذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَولُهُمَا فِي الحَربِيَّينِ. وَأَمَّا فِي الذِّمِّيَّةِ فَلهَا مَهرُ

مِثلهَا إن مَاتَ عَنهَا أَو دَخَل بِهَا وَالْمتعَة إن طَلَّقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا. وَقَال زُفَرُ: لهَا مَهرُ المِثل فِي الحَربِيِّين أَيضًا.

لهُ أَنَّ الشَّرعَ مَا شَرَعَ ابتِغَاءَ النِّكَاحِ إلا بِالمَال، وَهَذَا الشَّرعُ وَقعَ عَامًّا فَيَثبُتُ الحكمُ عَلى العُمُومِ. وَلهُمَا أَنَّ أَهل الحَربِ غَيرُ مُلتَزمِينَ أَحكَامَ الإِسلامِ، وَوِلايَة الإِلزَامِ مُنقَطِعَةٌ لتَبَايُنِ الدَّارِ، بِخِلافِ أَهل الذِّمَّة لأَنَّهُم التَزَمُوا أَحكَامَنَا فِيمَا يَرجِعُ إِلى المُعَامَلات كَالرِّبَا وَالزِّنَا، وَوِلايَة الإِلزَامِ مُتَحَقِّقَةٌ لاتِّحَادِ الدَّارِ. وَلأَبِي حَنِيفَة أَنَّ أَهل الذِّمَّة لا يَلتَزمُونَ أَحكَامَنَا فِي الدِّيَانَاتِ وَفِيمَا يَعتَقِدُونَ خِلافَهُ فِي المُعَامَلات، وَوِلايَة الإِلزَامِ بِالسَّيفِ وَبِالمُحَاجَّة وَكُلُّ ذَلكَ مُنقَطِعٌ عَنهُم بِاعتِبَارِ عَقدِ الذِّمَّة، فَإِنَّا أُمِرنَا بِأَن نَترُكَهُم وَمَا يَدِينُونَ فَصَارُوا كَأَهل الحَربِ، بِخِلافِ الزِّنَا لأَنَّهُ حَرَامٌ فِي الأَديَانِ كُلِّهَا، وَالرِّبَا مُستَثنَى عَن عُقُودِهِم لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إلا مَن أَربَى فَليسَ بَينَنَا وَبَينَهُ عَهدٌ»[1] وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ أَو عَلى غَيرِ مَهرٍ يَحتَمِلُ نَفيَ المَهرِ وَيَحتَمِلُ السُّكُوتَ. وَقَد قِيل: فِي المَيتَة وَالسُّكُوتِ رِوَايَتَانِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الكُلَّ عَلى الخِلافِ.

الشرح:

(فَصلٌ): لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ النِّكَاحِ فِي حَقِّ الْمُسْلمينَ وَهُم الأُصُولُ فِي الشَّرَائِعِ ذَكَرَ مَنْ هُوَ تَبَعٌ لَهُمْ فِي الْمُعَامَلات وَمِنْ الْمُعَامَلات أَحْكَامُ النِّكَاحِ فِي حَقِّ الكُفَّارِ (وَإِذَا تَزَوَّجَ النَّصْرَانِيُّ نَصْرَانِيَّةً) قِيل الْمُرَادُ بِهِمَا الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيَّةُ وَلهَذَا ذُكِرَ فِي الْمَبْسُوطِ بِلفْظِ الذِّمِّيِّ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَطْلَقَهُ لِيَتَنَاوَل الْمُسْتَأْمَنَ أَيْضًا.

(وَذَلكَ فِي دِينِهِمْ) أَيْ النِّكَاحُ بِغَيْرِ مَهْرٍ فِي دِينِهِمْ (جَائِزٌ) وَالوَاوُ للحَال (فَليْسَ لهَا مَهْرٌ) وَإِنْ أَسْلمَا (وَكَذَلكَ الحَرْبِيَّانِ فِي دَارِ الحَرْبِ وَهَذَا) أَيْ عَدَمُ وُجُوبِ الْمَهْرِ فِي الذِّمِّيَّيْنِ وَالحَرْبِيَّيْنِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَوَافَقَاهُ فِي الحَرْبِيَّيْنِ. وَأَمَّا فِي الذِّمِّيَّةِ، فَإِنْ دَخَل بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلهَا مَهْرُ الْمِثْل، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بِهَا فَلهَا الْمُتْعَةُ وَخَالفَهُ زُفَرُ فِي الحَرْبِيَّيْنِ أَيْضًا، وَقَال (الشَّرْعُ مَا شَرَعَ ابْتِغَاءَ النِّكَاحِ إلا بِالْمَال) لقَوْلهِ تَعَالى ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَ ٰلِكُم﴾.

(وَهَذَا الشَّرْعُ وَقَعَ عَامًّا) لأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ بَابِ الْمُعَامَلاتِ وَالكُفَّارُ مُخَاطَبُونَ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٦٦): غريب.

بِالْمُعَامَلات (فَيَثْبُتُ الحُكْمُ عَلى العُمُومِ) وَحَاصِلُ كَلامِه المَشْرُوعِ فِي بَابِ النِّكَاحِ الابْتِغَاءُ بِالْمَالِ عَلى العُمُومِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَثْبُتُ حُكْمُهُ عَلى العُمُومِ، وَقَالا: أَهْلُ الحَرْبِ لَمْ يَلتَزِمُوا أَحْكَامَ الإِسْلامِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلا يَكُونُ لِلحُكْمِ عَلَيْهِمْ إلا بِالإِلزَامِ وَلا إِلزَامَ إلا بِالوِلايَةِ، وَقَدْ انْقَطَعَ الوِلايَةُ بِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ.

(بِخِلافِ أَهْلِ الذِّمَّةِ لأَنَّهُمْ التَزَمُوا أَحْكَامَنَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلى الْمُعَامَلاتِ) لأَنَّ الالتِزَامَ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ وَقَدْ وُجِدَ مِنْهُمْ فَكَانَ كَالزِّنَا وَالرِّبَا فَإِنَّهُمْ يُنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ وَيُقَامُ عَلَيْهِمْ الحَدُّ، وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُمْ لَمْ يَلتَزِمُوا لَكِنَّ وِلايَةَ الإِلزَامِ مُتَحَقِّقَةٌ لاتِّحَادِ الدَّارِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لا يَلتَزِمُونَ أَحْكَامَنَا) فِي الدِّيَانَاتِ كَالصَّوْمِ وَالصَّلاةِ (وَفِيمَا يَعْتَقِدُونَ خِلافَهُ فِي الْمُعَامَلاتِ) أَيْضًا كَبَيْعِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ (وَوِلايَةِ الإِلزَامِ بِالسَّيْفِ وَالْمُحَاجَّةِ) وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ لانْقِطَاعِهَا عَنْهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ (فَإِنَّا أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَصَارُوا كَأَهْلِ الحَرْبِ) فِي عَدَمِ الالتِزَامِ وَانْقِطَاعِ الوِلايَةِ.

وَقَوْلُهُ: (بِخِلافِ الزِّنَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَالزِّنَا وَالرِّبَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الزِّنَا حَرَامٌ فِي جَمِيعِ الأَدْيَانِ فَلَمْ يَكُنْ دِينَهُمْ حَتَّى يُتْرَكُوا عَلَيْهِ (وَالرِّبَا مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أَلا مَنْ أَرْبَى فَلَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَهْدٌ**») أَلا حَرْفُ تَنْبِيهٍ لا حَرْفُ اسْتِثْنَاءٍ كَذَا السَّمَاعُ، وَالنُّسَخُ (وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ) أَيْ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَقَدْ قِيلَ فِي الْمَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رِوَايَتَانِ) يَعْنِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كَمَا قَالا، وَفِي رِوَايَةٍ لا يَجِبُ شَيْءٌ.

وَعَلى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لا يُحْتَاجُ إِلى فَرْقٍ، وَأَمَّا عَلى الرِّوَايَةِ الأُخْرَى وَهُوَ رِوَايَةُ الأَصْلِ فَيُحْتَاجُ إِلى الفَرْقِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالسُّكُوتِ وَهُوَ أَنَّ النِّكَاحَ مُعَاوَضَةُ البُضْعِ بِالْمَالِ، فَالتَّنْصِيصُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاطِ العِوَضِ كَالتَّنْصِيصِ عَلى البَيْعِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، فَمَا لَمْ يُوجَدْ التَّنْصِيصُ عَلى نَفْيِ العِوَضِ يَكُونُ العِوَضُ مُسْتَحَقًّا لَهَا، وَأَمَّا الْمَيْتَةُ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ أَحَدٍ فَكَانَ التَّزَوُّجُ عَلَيْهَا كَالنَّفْيِ وَهُوَ مُخْتَارُ فَخْرِ الإِسْلامِ مِنْ الرِّوَايَتَيْنِ. وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُخْرَى أَنَّ أَحَدًا لَمَّا لَمْ يَتَدَيَّنْ بِتَقَوُّمِهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**اُتْرُكُوهُمْ وَمَا يَدِينُونَ**» فَيَجِبُ حُكْمُ الشَّرْعِ (وَالأَصَحُّ أَنَّ الكُلَّ عَلى الخِلافِ) عِنْدَهُ لا يَجِبُ شَيْءٌ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(فَإِن تَزَوَّجَ الذِّمّيُّ ذِمّيَّةً على خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ ثُمَّ أَسلمَا أَو أَسلمَ أَحَدُهُمَا فَلهَا الخَمرُ وَالخِنزِيرُ) وَمَعنَاهُ إِذَا كَانَا بِأَعيَانِهِمَا وَالإِسلامُ قَبلَ القَبضِ، وَإِن كَانَا بِغَيرِ أَعيَانِهِمَا فَلهَا فِي الخَمرِ القِيمَةُ وَفِي الخِنزِيرِ مَهرُ المِثلِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لهَا مَهرُ المِثلِ فِي الوَجهَينِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لهَا القِيمَةُ فِي الوَجهَينِ. وَجهُ قَولِهِمَا أَنَّ القَبضَ مُؤَكِّدٌ للمِلكِ فِي المَقبُوضِ لهُ فَيَكُونُ لهُ شَبَهٌ بِالعَقدِ فَيَمتَنِعُ بِسَبَبِ الإِسلامِ كَالعَقدِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيرِ أَعيَانِهِمَا. وَإِذَا التَحقَت حَالَةُ القَبضِ بِحَالَةِ العَقدِ، فَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: لو كَانَا مُسلمَينِ وَقتَ العَقدِ يَجِبُ مَهرُ المِثلِ فَكَذَا هَهُنَا، وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ صَحَّت التَّسمِيَةُ لكَونِ المُسَمَّى مَالا عِندَهُم، إلا أَنَّهُ امتَنَعَ التَّسليمُ للإِسلامِ فَتَجِبُ القِيمَةُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبدُ المُسَمَّى قَبلَ القَبضِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المِلكَ فِي الصَّدَاقِ المُعَيَّنِ يَتِمُّ بِنَفسِ العَقدِ وَلِهَذَا تَملكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، وَبِالقَبضِ يَنتَقِلُ مِن ضَمَانِ الزَّوجِ إلى ضَمَانِهَا وَذَلكَ لا يَمتَنِعُ بِالإِسلامِ كَاستِردَادِ الخَمرِ المَغصُوبَةِ، وَفِي غَيرِ المُعَيَّنِ القَبضُ يُوجِبُ مِلكَ العَينِ فَيَمتَنِعُ بِالإِسلامِ، بِخِلافِ المُشتَرِي لأَنَّ مِلكَ التَّصَرُّفِ فِيهِ إِنَّمَا يُستَفَادُ بِالقَبضِ.

وَإِذَا تَعَذَّرَ القَبضُ فِي غَيرِ المُعَيَّنِ لا تَجِبُ القِيمَةُ فِي الخِنزِيرِ لأَنَّهُ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ فَيَكُونُ أَخذُ قِيمَتِهِ كَأَخذِ عَينِهِ، وَلا كَذَلكَ الخَمرُ لأَنَّهُ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو جَاءَ بِالقِيمَةِ قَبلَ الإِسلامِ تُجبَرُ على القَبُولِ فِي الخِنزِيرِ دُونَ الخَمرِ، وَلو طَلَّقَهَا قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا، فَمَن أَوجَبَ مَهرَ المِثلِ أَوجَبَ المُتعَةَ، وَمَن أَوجَبَ القِيمَةَ أَوجَبَ نِصفَهَا، وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَ الذِّمِّيُّ ذِمِّيَّةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا كُلُّهُ) أَيْ كُلُّ مَا ذُكِرَ وَهُوَ مَا كَانَا مُعَيَّنَيْنِ أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَيْنِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهَا مَهْرُ المِثْلِ فِي الوَجْهَيْنِ) أَيْ فِي المُعَيَّنِ وَغَيْرِ المُعَيَّنِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا القِيمَةُ فِي الوَجْهَيْنِ. وَجْهُ قَوْلِهِمَا) إِنَّمَا جَمَعَ بَيْنَ قَوْلِهِمَا وَإِنْ كَانَا مُخْتَلِفَيْنِ فِمَا بَيْنَهُمَا حَيْثُ قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِيهِمَا بِمَهْرِ المِثْلِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فِيهِمَا بِالقِيمَةِ وَمَهْرُ المِثْلِ غَيْرُ قِيمَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ لأَنَّهُمَا يَتَّفِقَانِ

فِي أَنْ لا يُوجِبَا عَيْنَ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ (أَنَّ القَبْضَ مُؤَكِّدٌ للملك فِي المَقْبُوضِ) وَلِهَذَا يُنصَّفُ الصَّدَاقُ بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول إذَا لَمْ يَكُنْ مَقْبُوضًا، وَبَعْدَ القَبْضِ لا يَعُودُ إلى ملك الزَّوْجِ شَيْءٌ إلا بالرِّضَا أَوْ القَضَاءِ، وَإِذَا مَرَّ يَوْمُ الفطْرِ وَالصَّدَاقُ عَبْدٌ غَيْرُ مَقْبُوضٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْل الدُّخُول بهَا لا تَجبُ صَدَقَةُ الفطْرِ عَلَيْهَا، بخلاف مَا بَعْدَ القَبْضِ، وَلا تَجبُ الزَّكَاةُ عَلَيْهَا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ فِي المَهْرِ قَبْل القَبْض بخلاف مَا بَعْدَهُ.

وَالمُؤَكِّدُ للملك شَبيهٌ بالعَقْد لإفَادَته مَا لَمْ يَكُنْ (فَيَمْتَنعُ) القَبْضُ (بسَبَب الإسْلامِ) كَمَا لَوْ كَانَ ابْتدَاءُ التَّمْليك بالعَقْد بَعْدَ الإسْلامِ إلحَاقًا لشُبْهَة العَقْد بحَقيقَته فِي المُحَرَّمَات (وَصَارَ كَمَا إذَا كَانَا بغَيْرِ أَعْيَانهمَا) لأَنَّ القَبْضَ فيه كَالقَبْضِ فيمَا إذَا كَانَا بغَيْرِ أَعْيَانِهمَا فِي إفَادَة مَا لَمْ يَكُنْ، وَالقَبْضُ فيمَا إذَا كَانَا بغَيْرِ أَعْيَانهمَا يَمْنَعُ عَنْ تَسْليم نَفْسهمَا، فَكَذَلكَ فيمَا إذَا كَانَا بأَعْيَانهمَا كَالعَقْد.

(وَإِذَا التَحقَتْ حَالَةُ القَبْضِ بحَالَة العَقْد فَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: لوْ كَانَا مُسْلمَيْن وَقْتَ العَقْد وَجَبَ مَهْرُ المثْل فَكَذَلكَ هَهُنَا) وَوَجْهُ مُحَمَّد ظَاهرٌ. وَوَجْهُ قَوْل أَبي حَنيفَةَ (أَنَّ الملكَ فِي الصَّدَاق المُعَيَّن يَتمُّ بنَفْسِ العَقْد وَلِهَذَا تَمْلكُ التَّصرُّفَ فيه) وَلوْ هَلكَ هَلكَ عَلى ملكهَا وَكُلُّ مَا تَمَّ بنَفْسِ العَقْد لا يُحْتَاجُ فيه إلى القَبْضِ للتَّمَلُّك (وَبالقَبْضِ يَنْتَقلُ الملكُ منْ ضَمَان الزَّوْجِ إلى ضَمَانهَا وَذَلكَ) أَيْ الانْتقَالُ (لا يَمْتَنعُ بالإسْلامِ كَاسْترْدَاد الخَمْرِ المَغْصُوبَة) وَأَمَّا فِي الصَّدَاق الغَيْر المُعَيَّن فَالعَقْدُ فيه لا يَتمُّ به الملكُ لأَنَّهُ يُفيدُ وُجُوبَ الدَّيْن فِي ذمَّته، وَالقَبْضُ يُوجبُ ملكَ العَيْن فَتَمْتَنعُ بالإسْلام عَنْ تَمَلُّك الخَمْرِ وَالخنْزير.

وَقَوْلُهُ (بخلاف المُشْتَري) مُتَّصلٌ بقَوْله إنَّ الملكَ فِي الصَّدَاق المُعَيَّن إلخْ: يَعْني بخلاف مَا إذَا بَاعَ الذِّمِّيُّ الخَمْرَ أَوْ الخنْزيرَ أَوْ اشْتَرَى ثُمَّ أَسْلمَ قَبْل القَبْضِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ لهُ القَبْضُ بَل يَنْفَسخُ العَقْدُ لأَنَّ المَبيعَ يُسْتَفَادُ ملكُ التَّصرُّف فيه بَعْدَ القَبْضِ لا قَبْلهُ وَالإسْلامُ مَانعٌ منْهُ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَعَذَّرَ القَبْضُ فِي غَيْر المُعَيَّن) ظَاهرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ طَلَّقَهَا إلخْ) يَعْني قَوْل أَبي حَنيفَةَ فِي المُعَيَّن لهَا نصْفُ العَيْنِ وَفِي غَيْر المُعَيَّن فِي الخَمْرِ لهَا نصْفُ القيمَة وَفِي الخنْزير لهَا المُتْعَةُ لأَنَّ مَهْرَ المثْل لا يَتَنَصَّفُ بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول بَل فِي كُلِّ مَوْضعٍ كَانَ الوَاجبُ مَهْرَ المثْل قَبْل الطَّلاق فَالوَاجبُ المُتْعَةُ بَعْدَ

الطَّلاقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَهَا الْمُتْعَةُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَهَا بَعْدَ الطَّلاقِ نِصْفُ القِيمَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ

(لا يَجُوزُ نِكَاحُ العَبدِ وَالأَمَةِ إلا بِإذنِ مَولاهُمَا) وَقَال مَالكٌ: يَجُوزُ للعَبدِ لأَنَّهُ يَملكُ الطَّلاقَ فَيَملكُ النِّكَاحَ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَيُّمَا عَبدٍ تَزَوَّجَ بِغَيرِ إذنِ مَولاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»[1] وَلأَنَّ فِي تَنفِيذِ نِكَاحِهِمَا تَعيِيبَهُمَا إذ النِّكَاحُ عَيبٌ فِيهِمَا فَلا يَملكَانِهِ بِدُونِ إذنِ مَولاهُمَا

الشرح:

(بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ نِكَاحِ مَنْ لهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ مِنْ الْمُسْلِمِينَ وَغَيْرِهِمْ شَرَعَ فِي بَيَانِ نِكَاحِ مَنْ لَيْسَ لهُ ذَلكَ وَهُوَ الرَّقِيقُ، وَالرَّقِيقُ الْمَمْلُوكُ يُطْلَقُ عَلى الوَاحِدِ وَالجَمْعِ (لا يَجُوزُ نِكَاحُ العَبْدِ وَالأَمَةِ إلا بِإِذْنِ مَوْلاهُمَا) أَمَّا الأَمَةُ فَظَاهِرٌ لأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِهَا مِلكُ الْمَوْلَى فَلا يَصِحُّ العَقْدُ عَلَيْهَا بِدُونِ إِذْنِه، وَأَمَّا العَبْدُ فَفِيه خِلافُ مَالك فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ بِدُونِ إِذْنِه لأَنَّهُ يَمْلكُ الطَّلاقَ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ يَمْلكُ الطَّلاقَ يَمْلكُ النِّكَاحَ لأَنَّ الطَّلاقَ بِسَبَبِ النِّكَاحِ. وَمَنْ مَلكَ شَيْئًا مَلكَ سَبَبَهُ الْمُوصِلَ إِلَيْه.

(وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «**أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ**») رَوَاهُ أَبُو دَاوُد وَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ (وَلأَنَّ فِي تَنْفِيذِ نِكَاحِهِمَا تَعْيِيبَهُمَا إِذْ النِّكَاحُ عَيْبٌ فِيهِمَا) وَلِهَذَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا أَوْ أَمَةً فَظَهَرَ مُزَوَّجًا جَازَ لهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَلَيْسَ لَهُمَا تَعْيِيبُ أَنْفُسِهِمَا رِعَايَةً لِحَقِّ الْمَوْلَى فَلا يَمْلكَانِه بِدُونِ إِذْنِه) وَفِي هَذَا التَّعْلِيل جَوَابٌ لِمَالك، فَإِنَّ الطَّلاقَ إِزَالةُ العَيْبِ، وَلا يَلزَمُ مِنْ جَوَازِ إِزَالةِ العَيْبِ جَوَازُ تَعْيِيبِهِمَا أَنْفُسَهُمَا.

وَاسْتُشْكِل بِجَوَازِ إِقْرَارِه بِالْحُدُودِ وَالقِصَاصِ، فَإِنَّ وُجُوبَ قَطْعِ اليَدِ فِي السَّرِقَةِ

---

(١) أخرجه الترمذي (١١١٢)وقال: حديث حسن صحيح، وأبو داود (٢٠٧٨) كلاهما بلفظه عن جابر. وأخرجه أبو داود (٢٠٧٩) وقال: هذا حديث ضعيف وهو موقوف من قول ابن عمر، وابن ماجه (١٩٠٩) كلاهما بنحوه عن ابن عمر، وانظر نصب الراية (٣/٢٦٨، ٢٦٩).

وَوُجُوبَ القِصَاصِ عَيْبٌ فِيهِمَا عَلَى قَوْلِهِمَا، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَبِمَنْزِلَةِ الاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ أَيْضًا أَقْوَى العُيُوبِ فَكَيْفَ جَازَ ذَلِكَ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّقِيقَ فِي حُقُوقِ اللَّهِ بَاقٍ عَلَى حُرِّيَّتِهِ وَالرِّقُّ لا يُؤَثِّرُ فِيهَا، فَإِنْ لَزِمَ مِنْ ذَلِكَ تَعْيِيبٌ فَهُوَ ضِمْنِيٌّ لا مُعْتَبَرَ بِهِ وَمَوْضِعُهُ الأُصُولُ.

(وَكَذَا المُكَاتَبُ) لأنَّ الكِتَابَةَ أَوجَبَت فَكَّ الحَجرِ فِي حَقِّ الكَسبِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ النِّكَاحِ عَلَى حُكمِ الرِّقِّ. وَلِهَذَا لا يَملكُ المُكَاتَبُ تَزوِيجَ عَبدِهِ وَيَملكُ تَزوِيجَ أَمَتِهِ لأنَّهُ مِن بَابِ الاكتِسَابِ، وَكَذَا المُكَاتَبَةُ لا تَملكُ تَزوِيجَ نَفسِهَا بِدُونِ إذنِ المَولى وَتَملكُ تَزوِيجَ أَمَتِهَا لِمَا بَيَّنَّا (وَ) كَذَا (المُدبَّرُ وَأُمُّ الوَلدِ) لأنَّ المِلكَ فِيهِمَا قَائِمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا المُكَاتَبُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ لأَنَّهُ مِنْ بَابِ الاكْتِسَابِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبدُ بِإِذنِ مَولاهُ فَالمَهرُ دَينٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ) لأنَّ هَذَا دَينٌ وَجَبَ فِي رَقَبَةِ العَبدِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ مِن أَهلِهِ وَقَد ظَهَرَ فِي حَقِّ المَولى لِصُدُورِ الإِذنِ مِن جِهَتِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ دَفعًا لِلمَضَرَّةِ عَن أَصحَابِ الدُّيُونِ كَمَا فِي دَينِ التِّجَارَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَالمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ) لِمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ أَنَّ ذِمَّتَهُ قَدْ ضَعُفَتْ بِالرِّقِّ فَيُضَمُّ إلَيْهَا مَالِيَّةُ الرَّقَبَةِ.

وَاسْتَدَلَّ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ هَذَا دَيْنٌ وَجَبَ فِي رَقَبَتِهِ) وَهُوَ دَلِيلُ قَوْلِهِ يُبَاعُ فِيهِ دُونَ مَا قَبْلَهُ لِئَلا يَلزَمَ المُصَادَرَةُ عَلَى المَطْلُوبِ. وَتَقْرِيرُهُ: هَذَا دَيْنٌ وَجَبَ فِي الرَّقَبَةِ، وَكُلُّ دَيْنٍ وَجَبَ فِي الرَّقَبَةِ تُبَاعُ الرَّقَبَةُ فِيهِ.

إمَّا أَنَّهُ وَجَبَ فَلِتَحَقُّقِ المُقْتَضِي وَهُوَ وُجُودُ السَّبَبِ مِنْ أَهْلِهِ وَانْتِفَاءُ المَانِعِ وَهُوَ حَقُّ المَوْلَى لِصُدُورِ الإِذْنِ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِمَّا أَنَّهُ مُوجِبٌ فِي الرَّقَبَةِ فَلِدَفْعِ المَضَرَّةِ عَنْ أَصْحَابِ الدُّيُونِ كَمَا فِي دَيْنِ التِّجَارَةِ فَتُبَاعُ الرَّقَبَةُ فِي المَهْرِ كَمَا تُبَاعُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (دَفْعًا لِلمَضَرَّةِ عَنْ أَصْحَابِ الدُّيُونِ) يَعْنِي النِّسَاءَ.

(وَالمُدبَّرُ وَالمُكَاتَبُ يَسعيَانِ فِي المَهرِ وَلا يُبَاعَانِ فِيهِ) لأنَّهُمَا لا يَحتَمِلانِ النَّقلَ مِن مِلكٍ إِلَى مِلكٍ مَعَ بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَالتَّدبِيرِ فَيُؤَدَّى مِن كَسبِهِمَا لا مِن نَفسِهِمَا.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبدُ بِغَيرِ إذنِ مَولاهُ فَقَالَ المَولى طَلِّقهَا أَو فَارِقهَا فَليسَ هَذَا بِإِجَازَةٍ) لأَنَّهُ يَحتَمِلُ الرَّدَّ لأَنَّ رَدَّ هَذَا العَقدِ وَمُتَارَكَتَهُ يُسَمَّى طَلاقًا وَمُفَارَقَةً وَهُوَ أَليَقُ بِحَالِ العَبدِ المُتَمَرِّدِ أَو هُوَ أَدنَى فَكَانَ الحَملُ عَلَيهِ أَولى (وَإِن قَالَ: طَلِّقهَا تَطلِيقَةً تَملك الرَّجعَةَ فَهُوَ إجَازَةٌ) لأَنَّ الطَّلاقَ الرَّجعِيَّ لا يَكُونُ إلا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَتَتَعَيَّنُ الإِجَازَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلَيْسَ هَذَا بِإِجَازَة، لأَنَّهُ) أَيْ قَوْلُهُ طَلِّقهَا أَوْ فَارِقهَا (يَحْتَمِلُ الرَّدَّ لأَنَّ رَدَّ هَذَا العَقْدِ وَمُتَارَكَتَهُ يُسَمَّى طَلاقًا وَمُفَارَقَةً) أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ قَال فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ: طَلَّقْتُك كَانَ مُتَارَكَةً، وَإِذَا احْتَمَلَ الأَمْرَيْنِ رَجَّحْنَا جِهَةَ المُتَارَكَة لأَنَّهُ أَلْيَقُ بِحَال العَبْد المُتَمَرِّد. وَقَوْلُهُ (أَوْ هُوَ) أَيْ الرَّدُّ (أَدْنَى) لأَنَّهُ دَفْعٌ، وَالطَّلاق رَفْعٌ، وَالدَّفْعُ أَسْهَلُ مِنْ الرَّفْعِ (فَكَانَ الحَمْلُ عَلَيْه أَوْلى).

فَإِنْ قِيل: قَوْلُهُ طَلِّقهَا حَقِيقَةٌ فِي إيقَاعِ الطَّلاقِ المَعْرُوفِ وَمَجَازٌ فِي المُتَارَكَةِ وَالعَمَلُ بِالحَقِيقَة مُمْكِنٌ فَكَيْفَ صِيرَ إلى المَجَازِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الحَقِيقَةَ قَدْ تُتْرَكُ بِدَلالة الحَال وَهَذَا كَذَلكَ، وَهِيَ الافْتِيَاتُ عَلى رَأْيِ المَوْلى (وَإِنْ قَال طَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً) رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَةً (تَمْلكُ الرَّجْعَةَ فَهَذَا إجَازَةٌ لأَنَّ الطَّلاقَ الرَّجْعِيَّ لا يَكُونُ إلا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَتَتَعَيَّنُ الإِجَازَةُ).

فَإِنْ قِيل: إذَا قَال المَوْلى لعَبْده كَفِّرْ يَمِينَك بِالمَال أَوْ تَزَوَّجْ أَرْبَعًا مِنْ النِّسَاءِ لا يَثْبُتُ بِهِ العِتْقُ وَإِنْ كَانَ التَّكْفِيرُ بِالمَال، وَتَزَوُّجُ الأَرْبَعِ مِنْ النِّسَاءِ لا يَكُونُ إلا بَعْدَ الحُرِّيَّة.

أُجِيبَ بِأَنَّ مَا كَانَ أَصْلا فِي إثْبَات الأَهْلِيَّة للتَّصَرُّفَات الشَّرْعِيَّة لا يَثْبُتُ اقْتِضَاءً كَالإِيمَانِ فِي خِطَابِ الكُفَّارِ بِالشَّرَائِعِ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول وَفِي إثْبَات الإِعْتَاقِ ذَلكَ، بِخِلاف مَا نَحْنُ فِيه فَإِنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ بِأَصْلٍ فِي إثْبَات الأَهْلِيَّة لهُ.

(وَمَن قَالَ لِعَبدِهِ تَزَوَّج هَذِهِ الأَمَةَ فَتَزَوَّجهَا نِكَاحًا فَاسِدًا وَدَخَل بِهَا فَإِنَّهُ يُبَاعُ فِي المَهرِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يُؤخَذُ مِنهُ إذَا عَتَقَ) وَأَصلُهُ أَنَّ الإِذنَ بِالنِّكَاحِ يَنتَظِمُ الفَاسِدَ وَالجَائِزَ عِندَهُ، فَيَكُونُ هَذَا المَهرُ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَولى وَعِندَهُمَا يَنصَرِفُ إلى الجَائِزِ لا غَيرُ فَلا يَكُونُ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَولى فَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعدَ العَتَاقِ، لهُمَا أَنَّ المَقصُودَ مِن النِّكَاحِ فِي

المُستَقبَل الإعفَافُ وَالتَّحصِينُ وَذَلكَ بِالجَائِزِ، وَلهَذَا لو حَلفَ لا يَتَزَوَّجُ يَنصَرِفُ إلى الجَائِزِ، بِخِلافِ البَيعِ لأنَّ بَعضَ المَقَاصِدِ حَاصِلٌ وَهُوَ مِلكُ التَّصَرُّفَاتِ. وَلهُ أنَّ اللَّفظَ مُطلقٌ فَيَجرِي عَلى إطلاقِهِ كَمَا فِي البَيعِ. وَبَعضُ المَقَاصِدِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ حَاصِلٌ كَالنَّسَبِ، وَوُجُوبِ المَهرِ وَالعِدَّةِ عَلى اعتِبَارِ وُجُودِ الوَطءِ، وَمَسأَلةُ اليَمِينِ مَمنُوعَةٌ عَلى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال لعَبْده تَزَوَّجْ هَذه الأَمَةَ) صُورَةُ المَسْأَلة وَالأَصْلُ المَذْكُورُ ظَاهِرَانِ، وَتَقْيِيدُهُ بِالإِشَارَةِ وَالأَمَةِ اتِّفَاقِيٌّ. فَإِنَّ الحُكْمَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنَةِ وَفِي غَيْرِ الإِمَاءِ كَذَلكَ، وَيَنْبَنِي عَلى هَذَا الأَصْلِ المَذْكُورِ حُكْمَانِ:

أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ يُبَاعُ فِي المَهْرِ عِنْدَهُ وَلا يُبَاعُ عِنْدَهُمَا.

وَالثَّانِي أَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَهَا بِوَصْفِ الصِّحَّةِ بَعْدَ ذَلكَ لا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لانْتِهَاءِ الإِذْنِ بِالعَقْدِ الأَوَّل، وَيَصِحُّ عِنْدَهُمَا.

وَوَجْهُهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ عَلى الوَجْهِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ بِالمُسْتَقْبَل، لأَنَّهُ لوْ حَلفَ مَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي المَاضِي وَكَانَ تَزَوَّجَ صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا حَنِثَ فِي يَمِينِهِ، كَذَا فِي المَبْسُوطِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي البَيْعِ) يَعْنِي أَنَّهُ إذَا أَمَرَهُ بِالبَيْعِ مُطْلقًا يَتَنَاوَلُ الجَائِزَ وَالفَاسِدَ. وَقَوْلُهُ (عَلى هَذِهِ الطَّرِيقَة) يُرِيدُ طَرِيقَةَ إجْرَاءِ اللَّفْظِ المُطْلقِ عَلى إطْلاقِه، وَلئِنْ كَانَ قَوْلُ الكُلِّ فَالعُذْرُ لأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَبْنَى الإِيمَانِ عَلى العُرْفِ

(وَمَن زَوَّجَ عَبدًا مَأذُونًا لهُ مَديُونًا امرَأَةً جَازَ، وَالمَرأَةُ أُسوَةٌ للغُرَمَاءِ فِي مَهرِهَا) وَمَعنَاهُ إذَا كَانَ النِّكَاحُ بِمَهرِ المِثل. وَوَجهُهُ أَنَّ سَبَبَ وِلايَةِ المَولى مِلكُهُ الرَّقَبَةَ عَلى مَا نَذكُرُهُ، وَالنِّكَاحُ لا يُلاقِي حَقَّ الغُرَمَاءِ بِالإِبطَال مَقصُودًا، إلا أَنَّهُ إذَا صَحَّ النِّكَاحُ وَجَبَ الدَّينُ بِسَبَبٍ لا مَرَدَّ لهُ فَشَابَهَ دَينَ الاستِهلاكِ وَصَارَ كَالمَرِيضِ المَديُونِ إذَا تَزَوَّجَ امرَأَةً فَيُمهِرُ مِثلهَا أُسوَةً للغُرَمَاءِ.

الشرح:

(وَمَنْ زَوَّجَ عَبْدًا مَأْذُونًا لهُ مَدْيُونًا امْرَأَةً جَازَ، وَالمَرْأَةُ أُسْوَةٌ للغُرَمَاءِ) إذَا كَانَ

النِّكَاحُ بِمَهْرِ المِثْلِ لِمَا ذُكِرَ بِقَوْلِهِ (وَوَجْهُهُ) وَتَقْرِيرُهُ لأَنَّ المُقْتَضِيَ مَوْجُودٌ وَهُوَ وِلايَةُ المَوْلَى لِتَحَقُّقِ سَبَبِهَا وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَالمَانِعَ وَهُوَ مُلاقَاةُ النِّكَاحِ حَقَّ الغُرَمَاءِ مَقْصُودًا بِالإِبْطَالِ مُنْتَفٍ.

وَإِذَا تَحَقَّقَ المُقْتَضِي وَانْتَفَى المَانِعُ ثَبَتَ الحُكْمُ أَلْبَتَّةَ، وَإِنَّمَا قَالَ مَقْصُودًا لأَنَّ المَانِعِيَّةَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِذَلِكَ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ ضِمْنِيًّا فَلا مُعْتَبَرَ بِهِ وَهَهُنَا كَذَلِكَ لأَنَّ مَحَلِّيَّةَ النِّكَاحِ بِالآدَمِيَّةِ، وَحَقَّ الغُرَمَاءِ لا يُلاقِيهَا، لكِنْ إِذَا صَحَّ النِّكَاحُ بِوِلايَةِ المَوْلَى تَحْصِينًا لِملكِهِ وَجَبَ الدَّيْنُ بِسَبَبٍ لا مَرَدَّ لَهُ لِعَدَمِ انْفِكَاكِ النِّكَاحِ عَنْ ثُبُوتِ المَالِ فَكَانَ كَدَيْنِ الاسْتِهْلاكِ (وَصَارَ كَالمَرِيضِ المَدْيُونِ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَبِمَهْرِ مِثْلِهَا أُسْوَةٌ لِلغُرَمَاءِ) وَإِذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ فَلا تُسَاوِيهِمْ بَلْ يُؤَخَّرُ إِلى اسْتِيفَائِهِمْ حَقَّهُمْ كَدَيْنِ الصِّحَّةِ مَعَ دَيْنِ المَرَضِ.

(وَمَن زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيسَ عَلَيهِ أَن يُبَوِّئَهَا بَيتَ الزَّوجِ لكِنَّهَا تَخدُمُ المَولى، وَيُقَالُ لِلزَّوجِ مَتَى ظَفِرت بِهَا وَطِئتَهَا) لأَنَّ حَقَّ المَولى فِي الاستِخدَامِ بَاقٍ وَالتَّبوِئَةُ إِبطَالٌ لَهُ (فَإِن بَوَّأَهَا مَعَهُ بَيتًا فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكنَى وَإِلا فَلا) لأَنَّ النَّفَقَةَ تُقَابِلُ الاحتِبَاسَ، وَلَو بَوَّأَهَا بَيتًا ثُمَّ بَدَا لَهُ أَن يَستَخدِمَهَا لَهُ ذَلكَ لأَنَّ الحَقَّ بَاقٍ لِبَقَاءِ المِلكِ فَلا يَسقُطُ بِالتَّبوِئَةِ كَمَا لا يَسقُطُ بِالنِّكَاحِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ) بَوَّأْت لِلرَّجُلِ مَنْزِلا وَبَوَّأْته مَنْزِلا: أَيْ هَيَّأْته وَمَكَّنْت لَهُ فِيهِ. وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ (فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا) أَيْ يُهَيِّئَ لَهَا بَيْتًا لِلزَّوْجِ يَبِيتُ إِلَيْهَا (لَكِنَّهَا تَخْدُمُ المَوْلَى وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَهَا) وَإِنَّمَا يُقَالُ ذَلِكَ لِتَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ حَقَّ المَوْلَى ثَابِتٌ فِي الرَّقَبَةِ وَالمَنَافِعِ سِوَى مَنْفَعَةِ البُضْعِ، وَحَقَّ الزَّوْجِ إِنَّمَا هُوَ فِيهَا، وَلا يَلزَمُ إِبْطَالُ الكَثِيرِ لِلقَلِيلِ مَعَ إِمْكَانِ تَحْصِيلِهِ مِنْ غَيْرِ إِبْطَالِ الكَثِيرِ فَلَهُ أَنْ يُبَوِّئَهَا وَأَنْ لا يُبَوِّئَهَا وَأَنْ يَسْتَخْدِمَهَا بَعْدَ التَّبْوِئَةِ، لكِنَّهُ يُسْقِطُ نَفَقَتَهَا لِمَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ النَّفَقَةَ تُقَابِلُ الاحْتِبَاسَ).

فَإِنْ قِيلَ: انْتِفَاءُ الاحْتِبَاسِ إِنَّمَا هُوَ لِبَقَاءِ حَقِّ المَوْلَى فِي الاسْتِخْدَامِ وَمِثْلُ ذَلِكَ لا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ كَالحُرَّةِ إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا عَنْهُ لاسْتِيفَاءِ الصَّدَاقِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الحُرَّةَ إِذَا

حَبَسَتْ نَفْسَهَا لِذَلِكَ فَالتَّفْوِيتُ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ بِامْتِنَاعِ إِيفَاءِ مَا الْتَزَمَهُ، وَهَاهُنَا لَيْسَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ بَلْ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحَقُّ وَهُوَ المَوْلَى، فَكَانَتْ كَالمَحْبُوسَةِ بِالدَّيْنِ لا نَفَقَةَ لَهَا، فَإِنْ بَوَّأَهَا مَعَهُ بَيْتًا فَوَلَدَتْ مِنْ الزَّوْجِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الوَلَدِ لأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِمَوْلاهَا وَنَفَقَةُ المَمْلُوكِ عَلَى المَالِكِ.

قَالَ (ذَكَرَ تَزْوِيجَ المَوْلَى عَبْدَهُ وَأَمَتَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ رِضَاهُمَا) وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى مَذْهَبِنَا أَنَّ لِلْمَوْلَى إِجْبَارَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لا إِجْبَارَ فِي العَبْدِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ خَصَائِصِ الآدَمِيَّةِ وَالعَبْدُ دَاخِلٌ تَحْتَ مِلْكِ المَوْلَى مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ فَلا يَمْلِكُ إِنْكَاحَهُ، بِخِلافِ الأَمَةِ لأَنَّهُ مَالِكٌ مَنَافِعَ بُضْعِهَا فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا. وَلَنَا لأَنَّ الإِنْكَاحَ إِصْلاحُ مِلْكِهِ لأَنَّ فِيهِ تَحْصِينَهُ عَنِ الزِّنَا الَّذِي هُوَ سَبَبُ الهَلاكِ أَوِ النُّقْصَانِ فَيَمْلِكُهُ اعْتِبَارًا بِالأَمَةِ.

بِخِلافِ المُكَاتَبِ وَالمُكَاتَبَةِ لأَنَّهُمَا الْتَحَقَا بِالأَحْرَارِ تَصَرُّفًا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا.

الشرح:

قَوْلُهُ (ذَكَرَ تَزْوِيجَ المَوْلَى) يَعْنِي ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ تَزْوِيجَ المَوْلَى (عَبْدَهُ وَأَمَتَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ رِضَاهُمَا وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى مَذْهَبِنَا أَنَّ لِلْمَوْلَى إِجْبَارَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ) وَمَعْنَى الإِجْبَارِ أَنَّ المَوْلَى لَوْ بَاشَرَ النِّكَاحَ بِدُونِ رِضَاهُمَا نَفَذَ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ فِيهِ تَحْصِينَهُ عَنْ الزِّنَا الَّذِي هُوَ سَبَبُ الهَلاكِ أَوْ النُّقْصَانِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا حُدَّ رُبَّمَا يَقَعُ الحَدُّ مُهْلِكًا أَوْ جَارِحًا؛ فَفِي الأَوَّلِ هَلاكُ مَالِهِ، وَفِي الثَّانِي نُقْصَانُهُ، فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ حُدَّ فِي الزِّنَا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ فَيَمْلِكَ الإِنْكَاحَ جَبْرًا اعْتِبَارًا بِالأَمَةِ، وَالجَامِعُ قِيَامُ سَبَبِ الوِلايَةِ وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَتَحْصِينُ مِلْكِهِ عَنْ الزِّنَا المُوجِبِ لِلْهَلاكِ أَوْ النُّقْصَانِ، وَلَيْسَ المَنَاطُ فِي جَوَازِ إِنْكَاحِ الأَمَةِ جَبْرًا تَمَلُّكَ مَنَافِعِ بُضْعِهَا لأَنَّهُ لا يَطَّرِدُ مَعَ الإِجْبَارِ وَلا يَنْعَكِسُ، فَإِنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِ المَرْأَةِ وَلا يَقْدِرُ عَلَى تَزْوِيجِهَا، وَالوَلِيُّ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ وَلا يَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِهَا فَكَانَ التَّعْلِيلُ بِهِ فَاسِدًا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الإِجْبَارُ بِاعْتِبَارِ تَحْسِينِ المِلْكِ لَجَازَ فِي المُكَاتَبِ وَالمُكَاتَبَةِ وَلَمْ يَجُزْ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (بِخِلافِ المُكَاتَبِ وَالمُكَاتَبَةِ) فَإِنَّ المِلْكَ لَمَّا كَانَ فِيهِمَا نَاقِصًا بِوَاسِطَةِ تَمْلِيكِهِمَا اليَدَ (الْتَحَقَا بِالأَحْرَارِ تَصَرُّفًا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا) وَهَهُنَا فَرْعٌ لَطِيفٌ.

وَهُوَ أَنَّ المَوْلى إذَا زَوَّجَ مُكَاتَبَتَهُ الصَّغِيرَةَ تَوَقَّفَ النِّكَاحُ عَلى إجَازَتِها لأَنَّهَا مُلحَقَةٌ بالبَالغَة فِيمَا يَنْبَنِي عَلى الكِتَابَة ثُمَّ إنَّهَا لوْ لَمْ تَرُدَّ حَتَّى أَدَّتْ بَدَل الكِتَابَة فَعَتَقَتْ بَقِيَ النِّكَاحُ مَوْقُوفًا عَلى إجَازَةِ المَوْلى لا عَلى إجَازَتِهَا لأَنَّهَا بَعْدَ العِتْقِ لَمْ تَبْقَ مُكَاتَبَةً وَهِيَ صَغِيرَةٌ وَالصَّغِيرَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْل الإِجَازَة، قَال فِي النِّهَايَة: وَهَذه مِنْ أَلطَف المَسَائِل وَأَعْجَبِهَا، حَيْثُ اعْتَبَرَ إجَازَةَ المُكَاتَبَة فِي حَال رِقِّهَا، وَلَمْ يَعْتَبِرْ فِي حَالةِ العِتْقِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الفَرْق.

قَال (وَمَن زَوَّجَ أَمَتَهُ ثُمَّ قَتَلَهَا قَبل أَن يَدخُل بِهَا زَوجُهَا فَلا مَهرَ لهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَقَالا: عَليهِ المَهرُ لمَولاهَا) اعتِبَارًا بِمَوتِهَا حَتفَ أَنفِهَا، وَهَذَا لأَنَّ المَقتُول مَيِّتٌ بِأَجَلهِ فَصَارَ كَمَا إذَا قَتَلهَا أَجنَبِيٌّ: وَلهُ أَنَّهُ مَنَعَ المُبدَل قَبل التَّسليمِ فَيُجَازَى بِمَنعِ البَدَل كَمَا إذَا ارتَدَّت الحُرَّةُ، وَالقَتلُ فِي أَحكَامِ الدُّنيَا جُعِل إتلافًا حَتَّى وَجَبَ القِصَاصُ وَالدِّيَةُ فَكَذَا فِي حَقِّ المَهرِ.

الشرح:

(وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ) فَمَاتَتْ قَبْل الدُّخُول بهَا، فَإِنْ مَاتَتْ حَتْفَ أَنْفِهَا فَعَلى الزَّوْجِ المَهْرُ بالاتِّفَاق، وَإِنْ قَتَلهَا أَجْنَبِيٌّ فَكَذَلكَ، وَإِنْ قَتَلهَا مَوْلاهَا فَكَذَلكَ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لا مَهْرَ عَليْه للمَوْلى، قَالا: المَقْتُولُ مَيِّتٌ بأَجَله عِنْدَ أَهْل الحَقِّ فَلا فَرْقَ بَيْنَ الصُّوَر الثَّلاث (وَلهُ أَنَّ المَوْلى مَنَعَ المُبْدَل قَبْل التَّسْليمِ فَيُجَازَى بِمَنْعِ البَدَل كَمَا إذَا ارْتَدَّتْ الحُرَّةُ) تُجَازَى بِمَنْعِ البَدَل عِنْدَ عَدَمِ تَسْليمِهَا المُبْدَل.

وَفِي قَوْله يُجَازَى إشَارَةٌ إلى الجَوَاب عَمَّا يُقَالُ الصَّغِيرَةُ إذَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّ زَوْجِهَا أَوْ المَجْنُونَةُ إذَا قَبَّلتْ ابْنَ زَوْجِهَا بِشَهْوَةٍ قَبْل الدُّخُول مُنِعَتَا المُبْدَل قَبْل التَّسْليمِ حَيْثُ بَانَتَا مِنْهُ وَلَمْ يَسْقُطْ المَهْرُ وَذَلكَ لأَنَّهُمَا لَيْسَتَا مِنْ أَهْل المُجَازَاة.

وَنُوقِضَ بالصَّغِيرَةِ العَاقلة إذَا ارْتَدَّتْ قَبْل الدُّخُول تُجَازَى بِسُقُوطِ المَهْرِ فَلمْ يُنَافِ الصِّغَرُ المُجَازَاةَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ تَرْكَ مُجَازَاة الصَّغِيرَة إنَّمَا يَكُونُ عَلى أَفْعَالٍ غَيْرِ مَحْظُورَة، وَالرِّدَّةُ مَحْظُورَةٌ إذَا كَانَتْ عَاقلةً بدَليل أَنَّهَا تُحْرَمُ المِيرَاثَ بسَبَبهَا وَتُسْتَتَابُ بالحَبْسِ.

وَقَوْلُهُ (وَالقَتْلُ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهِمَا لأَنَّ المَيِّتَ مَقْتُولٌ بِأَجَله.

(وإن قتلت حُرَّةٌ نفسهَا قبل أن يدخُل بهَا زوجُهَا فلهَا المَهرُ) خِلافًا لزُفرَ، هُوَ يَعتَبِرُهُ بِالرِّدَّةِ وبِقتل المَولى أَمَتَهُ وَالجامعُ مَا بَيَّنَّاهُ. ولنَا أنَّ جِنايَةَ المَرءِ على نَفسِهِ غَيرُ مُعتَبَرَةٍ فِي حَقِّ أَحكَامِ الدُّنيَا فشَابَهَ موتَهَا حَتفَ أَنفِهَا، بِخِلافِ قَتلِ المَولى أَمَتَهُ لأنَّهُ مُعتَبَرٌ فِي حَقِّ أَحكَامِ الدُّنيَا حتَّى تَجِبَ الكفَّارةُ عليهِ.

الشرح:

(فَإِنْ قَتَلَتْ حُرَّةٌ نَفْسَهَا قَبْل الدُّخُول بها فَلها المَهْرُ خلافًا لزُفَرَ. هُوَ يَعْتَبِرُهُ بالرِّدَّة وَقَتْلُ الوَلِيِّ أَمَتَهُ لَما بَيَّنَّا مِنْ الجَامِعِ) أَنَّهُ مَنَعَ المُبْدَل قَبْل التَّسْليمِ وَقَوْلُهُ (وَلَنا أَنَّ جِنَايَةَ المَرْءِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى تَجبَ الكَفَّارَةُ عَلَيْهِ) يَعْني إذَا قَتلهَا خَطَأً، وَكَذَلكَ يَجبُ الضَّمَانُ عَلى المَوْلى إنْ كَانَ عَلَيْهَا دَيْنٌ.

قَال (وَإِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً فَالإِذنُ فِي العَزل إلى المَولى) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ الإِذنَ فِي العَزل إليهَا لأنَّ الوَطءَ حَقُّهَا حَتَّى تَثبُتَ لهَا وِلايَةُ المُطَالبَةِ، وَفِي العَزل تَنقِيصُ حَقِّهَا فَيُشتَرَطُ رِضَاهَا كَمَا فِي الحُرَّةِ، بِخِلافِ الأَمَةِ المَملُوكَةِ لأنَّهُ لا مُطَالبَةَ لهَا فَلا يُعتَبَرُ رِضَاهَا. وَجهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ العَزل يُخِلُّ بِمَقصُودِ الوَلدِ وَهُوَ حَقُّ المَولى فَيُعتَبَرُ رِضَاهُ وَبِهَذَا فَارَقَت الحُرَّةَ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً فَالإِذْنُ فِي العَزْل إلى المَوْلى) فِي هَذه المَسْأَلة دَلالَةٌ عَلى جَوَازِ العَزْل. وَسُئِل ابْنُ مَسْعُود عَنْهُ فَقَال: لا بَأْسَ بِهِ، وَلوْ أَنَّ اللَّهَ تَعَالى أَخَذَ ميثَاقَ نَسَمَةٍ فَلوْ أَلقَيْتَهَا فِي صَخْرَة تُخْلَقُ فيهَا.

وَرَوَى أَبُو سَعيد الخُدْريُّ عَنْ النَّبيِّ ﷺ مثْلهُ. وَهُوَ عَلى ثَلاثَة أَقْسَام: عَزْلٌ عَنْ أَمَته المَمْلُوكَة لهُ وَلا إذْنَ فيه إلى أَحَد. وَعَزْلٌ عَنْ المَرْأَة الحُرَّة وَالإِذْنُ فيه إليْهَا وَهَذَان بالاتِّفَاق. وَعَزْلٌ عَنْ الأَمَة المَنْكُوحَة. وَفِي تَعَيُّنِ الإِذْن اخْتلافٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَإِن تَزَوَّجَت امَةٌ بِإِذنِ مَولاهَا ثُمَّ أُعتِقَت فَلهَا الخِيَارُ حُرًّا كَانَ زَوجُهَا أَو عَبدًا) لِقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِبَرِيرَةَ حِينَ عَتَقَت «مَلكتِ بُضعَكِ فَاختَارِي»[1] فَالتَّعلِيلُ

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٩٠) بمعناه، وانظر نصب الراية (٣/ ٢٧٠).

بِملكِ البُضعِ صدَرَ مُطلقًا فيَنتَظِمُ الفَصلينِ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالفُنَا فِيمَا إذَا كَانَ زَوجُهَا حُرًّا وَهُوَ مَحجُوجٌ بِهِ، وَلأنَّهُ يَزدَادُ المِلكُ عَليهَا عِندَ العِتقِ فَيَملكُ الزَّوجُ بَعدَهُ ثَلاثَ تَطليقَاتٍ فتَملكُ رَفعَ أصل العَقدِ دَفعًا للزِّيَادَةِ.

(وَكَذَلكَ المُكَاتَبَةُ) يَعنِي إذَا تَزَوَّجَت بِإذنِ مَولاهَا ثُمَّ عَتَقَت، وَقَال زُفَرُ: لا خِيَارَ لهَا لأنَّ العَقدَ نَفَذَ عَليهَا بِرِضَاهَا وَكَانَ المَهرُ لهَا فَلا مَعنَى لإثبَاتِ الخِيَارِ، بِخِلافِ الأمَةِ لأنَّهُ لا يُعتَبَرُ رِضَاهَا. وَلنَا أنَّ العِلَّةَ ازدِيَادُ المَلكِ وَقَد وَجَدنَاهَا فِي المُكَاتَبَةِ لأنَّ عِدَّتَهَا قُرءَانِ وَطَلاقَهَا ثِنتَانِ.

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلاهَا) أَوْ زَوَّجَهَا مَوْلاهَا (ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلهَا الخِيَارُ)، إنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ مَعَهُ وَإِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ، سَوَاءٌ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا أَوْ عَبْدًا.

وَقَال الشَّافعِيُّ: إنْ كَانَ عَبْدًا فَلهَا الخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ حُرًّا فَلا خِيَارَ لهَا، وَاسْتَدَلَّ عَلى ذَلكَ بِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَائِشَةَ لَمَّا أَرَادَتْ أَنْ تُعْتِقَ مَمْلُوكَيْنِ لها مُتَنَاكِحَيْنِ سَأَلتْ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلكَ فَأَمَرَهَا بِالبُدَاءَةِ بِالغُلامِ» قَال: وَإِنَّمَا أَمَرَهَا بِذَلكَ لئَلا يَثْبُتَ لهَا الخِيَارُ، وَلأَنَّ الخِيَارَ فِيمَا إذَا كَانَ عَبْدًا لعَدَمِ الكَفَاءَةِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي الحُرِّ.

وَلنَا «أَنَّ عَائِشَةَ أَعْتَقَتْ بَرِيرَةَ فَقَال لهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: **مَلكْت بُضْعَك فَاخْتَارِي**» فَالتَّعْلِيلُ بِملكِ البُضْعِ صَدَرَ مُطْلقًا فَيَنْتَظِمُ الفَصْليْنِ) الحُرَّ وَالعَبْدَ، وَإِنَّمَا قَال: فَالتَّعْليلُ لأَنَّهُ مِنْ بَابِ قَوْله سَهَا فَسَجَدَ فَالشَّافعِيُّ مَحْجُوجٌ به.

فَإِنْ قِيل: رَوَى صَاحِبُ السُّنَنِ بِإِسْنَاده إلى عَبْد الرَّحْمَنِ بْنِ القَاسِمِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ: «أَنَّ بَرِيرَةَ خَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّه ﷺ وَكَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا»[1] وَرُوِيَ أَيْضًا بِإِسْنَاده إلى عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا أَسْوَدَ يُسَمَّى مُغِيثًا فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّه ﷺ وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ»، فَأَنَّى يَكُونُ الشَّافعِيُّ به مَحْجُوجًا؟

قُلت: رَوَى البُخَارِيُّ وَمُسْلمٌ وَأَبُو دَاوُد وَالنَّسَائِيُّ وَالتِّرْمذِيُّ وَابْنُ مَاجَهْ وَأَحْمَدُ: «أَنَّ بَرِيرَةَ أُعْتِقَتْ وَزَوْجُهَا حُرٌّ» وَإِذَا تَعَارَضَتْ الرِّوَايَتَان تَرَكْنَاهُمَا وَصِرْنَا إلى مَا يَدُلُّ عَليْه لفْظُ الحَدِيثِ عَلى مَا ذَكَرْنَا فَكَانَ مَحْجُوجًا بِه، وَقَدْ سَلكْنَا مَسْلكَ التَّرْجِيحِ فِي

---

(١) أخرجه مسلم (١١)، وانظر نصب الراية (٣/٢٧٠- ٢٧٥).

التَّقْرِيرِ بِأَنَّ الْمُثْبِتَ أَوْلى مِنْ النَّافِي فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ.

وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّهُ يَزْدَادُ الملكُ) دَليلٌ مَعْقُولٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ. وَرُدَّ بِأَنَّ عِدَّةَ الطَّلاقِ عِنْدَهُ مُعْتَبَرَةٌ بِالرِّجَالِ فَلا يَزِيدُ عَلَيْهَا الملكُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ كَوْنَهَا مُعْتَبَرَةً بِالنِّسَاءِ ثَابتٌ بِدَلِيلٍ قَوِيٍّ عَلى مَا سَيَجِيءُ فَيَلزَمُ عَلَيْهَا الزِّيَادَةُ إِذَا أُعْتِقَتْ وَإِنْ كَانَ حُرًّا، وَلا نُسَلِّمُ أَنَّ أَمْرَهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِالْبُدَاءَةِ بِالغُلامِ لِذَلِكَ، وَإِنَّمَا كَانَ لإِظْهَارِ فَضِيلَةِ الرِّجَالِ عَلى النِّسَاءِ، فَإِنَّهَا لوْ أَعْتَقَتْهُمَا مَعًا لَثَبَتَ الخِيَارُ أَيْضًا عِنْدَهُ، وَلَيْسَ ثُبُوتُ الخِيَارِ فِي العَبْدِ لِعَدَمِ الكَفَاءَةِ فَإِنَّ الكَفَاءَةَ شَرْطٌ فِي الابْتِدَاءِ دُونَ البَقَاءِ، أَلا تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ إِنْ أَعْسَرَ حَتَّى خَرَجَ عَنْ كَفَاءَتِهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا خِيَارٌ، وَإِنَّمَا الخِيَارُ لِزِيَادَةِ الملكِ عَلَيْهَا، وَلا فَرْقَ فِي ذَلكَ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ.

(وَكَذَلكَ الْمُكَاتَبَةُ: يَعْنِي إِذَا تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ) كَانَ لَهَا الخِيَارُ، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا أَوْ عَبْدًا لِزِيَادَةِ الملكِ عَلَيْهَا (وَقَال زُفَرُ: لا خِيَارَ لَهَا)؛ لأَنَّ ثُبُوتَ الخِيَارِ فِي الأَمَةِ لِنُفُوذِ العَقْدِ بِغَيْرِ رِضَاهَا وَسَلامَةِ الْمَهْرِ لِمَوْلاهَا وَهَذَا غَيْرُ مَوْجُودٍ هَهُنَا، فَإِنَّ الْمَهْرَ لَهَا، وَالنِّكَاحُ مَا نَفَذَ إِلا بِرِضَاهَا، وَدَليلُنَا فِيهِ ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

(وَإِن تَزَوَّجَت أَمَةٌ بِغَيرِ إِذنِ مَولاهَا ثُمَّ أُعتِقَت صَحَّ النِّكَاحُ) لأَنَّهَا مِن أَهلِ العِبَارَةِ وَامتِنَاعُ النُّفُوذِ لِحَقِّ المَولى وَقَد زَال (وَلا خِيَارَ لهَا) لأَنَّ النُّفُوذَ بَعدَ العِتقِ فَلا تَتَحَقَّقُ زِيَادَةُ المِلكِ، كَمَا إِذَا زَوَّجَت نَفسَهَا بَعدَ العِتقِ.

الشرح:

(وَإِنْ تَزَوَّجَتْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ وَلا خِيَارَ لَهَا)، أَمَّا صِحَّةُ النِّكَاحِ فَلوُجُودِ الْمُقْتَضِي لِصُدُورِ الرُّكْنِ الَّذي هُوَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهَا مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ؛ لأَنَّ امْتِنَاعَ النُّفُوذِ كَانَ لِحَقِّ الْمَوْلى وَقَدْ زَال.

وَأَمَّا عَدَمُ الخِيَارِ فَلأَنَّ النُّفُوذَ بَعْدَ العِتْقِ فَلا تَتَحَقَّقُ زِيَادَةُ الملكِ، كَمَا لوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ العِتْقِ، وَالحُكْمُ فِي العَبْدِ كَذَلكَ، وَإِنَّمَا خَصَّصَ الأَمَةَ بِالذِّكْرِ لِيَبْنِيَ الْمَسْأَلَةَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْمَهْرِ عَلَيْهَا؛ لأَنَّهَا لا تَتَأَتَّى فِي حَقِّ العَبْدِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَخْصِيصُهُ بِالأَمَةِ لِتَفْرِيعِ مَسْأَلَةِ الخِيَارِ عَلَيْهَا؛ لأَنَّهَا تَخْتَصُّ بِالإِمَاءِ دُونَ العَبِيدِ.

(فَإِن كَانَت تَزَوَّجَت بِغَيرِ إذنِهِ عَلَى أَلفٍ وَمَهرُ مِثلِهَا مِائَةٌ فَدَخَل بِهَا زَوجُهَا ثُمَّ أَعتَقَهَا مَولاهَا فَالمَهرُ للمَولى) لأَنَّهُ استَوفَى مَنَافِعَ مَملُوكَةً للمَولى (وَإِن لم يَدخُل بِهَا حَتَّى أَعتَقَهَا فَالمَهرُ لهَا) لأَنَّهُ استَوفَى مَنَافِعَ مَملُوكَةً لهَا. وَالمُرَادُ بِالمَهرِ الأَلفُ المُسَمَّى لأَنَّ نَفَاذَ العَقدِ بِالعِتقِ استَنَدَ إِلى وَقتِ وُجُودِ العَقدِ فَصَحَّت التَّسمِيَةُ وَوَجَبَ المُسَمَّى، وَلِهَذَا لم يَجِب مَهرٌ آخَرُ بِالوَطءِ فِي نِكَاحٍ مَوقُوفٍ لأَنَّ العَقدَ قَد اتَّحَدَ بِاستِنَادِ النَّفَاذِ فَلا يُوجِبُ إلا مَهرًا وَاحِدًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنه) ظَاهِرٌ، وَإِنَّمَا قَال فِي صُورَةِ المَسْأَلة بِأَنَّ المُسَمَّى أَلفٌ وَمَهْرَ المِثْل مِائَةٌ لِيُعْلمَ أَنَّ المُسَمَّى وَإِنْ زَادَ عَلى مَهْرِ المِثْل فَهُوَ للمَوْلى إِذَا كَانَ الدُّخُولُ قَبْل العِتْقِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَا يُوَازِي مَهْرَ المِثْل للمَوْلى وَمَا زَادَ للمَرْأَةِ؛ لأَنَّ مَهْرَ المِثْل قِيمَةُ البُضْعِ مِنْ كُل وَجْهٍ دُونَ الزَّائِد عَليْه، وَالبُضْعُ مِلكُ المَوْلى فَكَانَ قِيمَتُهُ لهُ لا الزَّائِدُ عَلى قِيمَةِ مِلكِه، وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ بِقَوْله: (وَالمُرَادُ بِالمَهْرِ الأَلفُ المُسَمَّى؛ لأَنَّ نَفَاذَ العَقْد بِالعِتْقِ اسْتَنَدَ إِلى وَقْت وُجُود العَقْد فَصَحَّتْ التَّسْمِيَةُ وَوَجَبَ المُسَمَّى) للمَوْلى إِنْ أَعْتَقَهَا بَعْدَ الدُّخُول وَالأَمَة إِنْ أَعْتَقَهَا قَبْلهُ.

فَإِنْ قِيل: كَيْفَ يَسْتَنِدُ الجَوَازُ إِلى وَقْت العَقْد وَالمَانِعُ عَنْ الاسْتِنَاد قَائِمٌ؛ لأَنَّ المَانِعَ مِنْ الجَوَازِ هُوَ المِلكُ وَالمِلكُ قَدْ زَال بِالعِتْقِ مُقْتَصِرًا؛ أَلا تَرَى أَنَّ **الأَمَةَ إِذَا حَرُمَتْ حُرْمَةً غَلِيظَةً عَلى زَوْجٍ كَانَ لهَا قَبْل ذَلكَ وَتَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلى فَدَخَل بِهَا فَأَعْتَقَهَا المَوْلى** لا تَحِلُّ عَلى زَوْجِهَا الأَوَّل بِاعْتِبَارِ أَنَّ العَقْدَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي حَقِّ هَذَا الدُّخُول الذِي كَانَ قَبْل العِتْقِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْته قِيَاسٌ، فَإِنَّ القِيَاسَ هُوَ أَنْ يَلزَمَهُ مَهْرَانِ: مَهْرٌ بِالدُّخُول قَبْل نَفَاذِ النِّكَاحِ وَهُوَ مَهْرُ المِثْل، وَمَهْرٌ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ المُسَمَّى لِمَا ذَكَرْت مِنْ وُجُودِ المَانِعِ عَنْ الاسْتِنَادِ، إِلا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فَقَالُوا: يَلزَمُهُ مَهْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ المُسَمَّى وَقْتَ العَقْد؛ لأَنَّهُ لوْ وَجَبَ مَهْرٌ بِالدُّخُول لوَجَبَ بِحُكْمِ العَقْد، إِذْ لوْلاهُ لوَجَبَ الحَدُّ فَكَانَ المَهْرُ وَاجِبًا بِالدُّخُول مُضَافًا إِلى العَقْد.

فَإِيجَابُ مَهْرٍ آخَرَ بِالعَقْد جَمْعٌ بَيْنَ المَهْرَيْنِ بِعَقْد وَاحِد وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، وَهَذَا كَمَا تَرَى لا يُجْدِي؛ لأَنَّ المَانِعَ مِنْ الاسْتِنَادِ عَلى مَا ذَكَرَهُ مِنْ المَسَائِل لمْ يَزُل، وَالأَوْلى أَنْ

يُقَال: لَيْسَ المَانِعُ مِنْ الجَوَازِ فِي الاسْتِحْسَانِ الملكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الحَاجَةُ إلى الصِّيَانَة عَنْ الإضْرَارِ بالمَوْلى، فَمَتَى أَعْتَقَهَا المَوْلى فَقَدْ خَلا هَذَا النِّكَاحُ عَنْ الإِضْرَارِ بِالمَوْلى مِنْ وَقْت وُجُوده، ثَبتَ الجَوَازُ مِنْ ذَلكَ الوَقْتِ وَظَهَرَ مِنْ هَذَا قَوْلُهُ: وَلهَذَا لَمْ يَجبْ مَهْرٌ آخَرُ بالوَطْءِ فِي نِكَاحٍ مَوْقُوفٍ إلخ.

وَأُجِيبَ عَنْ عَدَمِ زَوَال الحُرْمَةِ الغَلِيظَة بأَنَّ امْتِنَاعَ حلهَا عَلى زَوْجِهَا الأَوَّل إِنَّمَا كَانَ؛ لأَنَّ الاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي القَائِمِ لا فِي المُتَلاشِي، وَالمُسْتَوْفَى بالوَطْءِ مُتَلاشٍ. فَإِنْ قيل: القَوْلُ بالاسْتِنَاد يُنْتَقَضُ بالمَسْأَلة الثَّانِيَة وَهِيَ قَوْلُهُ: وَإِنْ لَمْ يَدْخُل بِهَا حَتَّى أَعْتَقَهَا فَالمَهْرُ لهَا، وَلوْ اسْتَنَدَ الجَوَازُ إلى أَصْلِ العَقْدِ يَجبُ أَنْ يَكُونَ المَهْرُ للمَوْلى، كَمَا لوْ **تَزَوَّجَتْ بإِذْنِ المَوْلى وَلَمْ يَدْخل بهَا الزَّوْجُ حَتَّى أَعْتَقَهَا.**

أُجِيبَ بأَنَّ حُكْمَ الاسْتِنَاد يَظْهَرُ فِيمَا لا يَخْتَلفُ مُسْتَحِقُّهُ لا فِيمَا يَخْتَلفُ، وَهَهُنَا يَخْتَلفُ؛ لأَنَّ المُسْتَحِقَّ زَمَانَ الثُّبُوتِ هُوَ الأَمَةُ وَزَمَانَ العَقْد هُوَ المَوْلى، فَلمَّا كَانَ المُسْتَحِقُّ زَمَانَ الثُّبُوت هُوَ الأَمَةُ امْتَنَعَ اسْتِنَادُ هَذَا الاسْتِحْقَاق إلى زَمَان العَقْد، لأَنَّهُ لوْ اسْتَنَدَ هَذَا الاسْتِحْقَاقُ إلى زَمَانِ العَقْد يَبْطُلُ هَذَا الاسْتِحْقَاقُ زَمَانَ الثُّبُوتِ فَيَبْطُلُ الاسْتِنَادُ مِنْ حَيْثُ يَثْبُتُ.

(وَمَن وَطِئَ أَمَةَ ابنِهِ فَوَلدَت منهُ فَهِيَ أُمُّ وَلدٍ لهُ وَعَليهِ قِيمَتُهَا وَلا مَهرَ عَليهِ) وَمَعنَى المَسأَلةِ أَن يَدَّعِيَهُ الأَبُ. وَوَجهُهُ أَنَّ لهُ وِلايَةَ تَمَلُّكِ مَال ابنِهِ للحَاجَةِ إلى البَقَاءِ فَلهُ تَمَلُّكُ جَارِيَتِهِ للحَاجَةِ إلى صِيَانَةِ المَاءِ، غَيرَ أَنَّ الحَاجَةَ إلى إبقَاءِ نَسلهِ دُونَهَا إلى إبقَاءِ نَفسِهِ، فَلهَذَا يَتَمَلكُ الجَارِيَةَ بِالقِيمَةِ وَالطَّعَامَ بِغَيرِ قِيمَةٍ، ثُمَّ هَذَا المِلكُ يَثبُتُ قُبَيل الاستِيلاءِ شَرطًا لهُ إذ المُصَحِّحُ حَقِيقَةُ المِلكِ أَو حَقُّهُ، وَكُلُّ ذَلكَ غَيرُ ثَابِتٍ للأَبِ فِيهَا حَتَّى يَجُوزَ لهُ التَّزَوُّجُ بِهَا فَلا بُدَّ مِن تَقدِيمِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الوَطءَ يُلاقِي مِلكَهُ فَلا يَلزَمُهُ العُقرُ. وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ المَهرُ لأَنَّهُمَا يُثبِتَانِ المِلكَ حُكمًا للاستِيلادِ كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُشتَرَكَةِ وَحُكمُ الشَّيءِ يَعقُبُهُ وَالمَسأَلةُ مَعرُوفَةٌ.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ وَطِئَ أَمَةَ ابْنِه) وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنه (فَوَلدَتْ منْهُ وَلدًا فَهِيَ أُمُّ وَلد لهُ وَعَليْه قِيمَتُهَا دُونَ المَهْرِ)، إنَّمَا قَال: (وَمَعْنَى المَسْأَلةِ أَنْ يَدَّعِيَهُ الأَبُ)؛ لأَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ

يَذْكُرْ الدَّعْوَةَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَوَجْهُهُ أَنَّ لِلأَبِ وِلايَةَ تَمَلُّكِ مَالِ ابْنِهِ لِلحَاجَةِ إلى البَقَاءِ) لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**وَلَدُ الرَّجُلِ مِنْ كَسْبِهِ فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**» وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**إِنَّ أَوْلادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلادِكُمْ**» وَغَيْرُ ذَلِكَ.

كُلُّ مَنْ لَهُ وِلايَةُ تَمَلُّكِ مَالِ ابْنِهِ لِلحَاجَةِ إلى البَقَاءِ (فَلَهُ وِلايَةُ تَمَلُّكِ جَارِيَتِهِ لِلحَاجَةِ إلى صِيَانَةِ المَاءِ). فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ صِيَانَةُ المَاءِ كَبَقَاءِ النَّفْسِ لَمَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ القِيمَةُ كَمَا فِي الطَّعَامِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (غَيْرَ أَنَّ الحَاجَةَ إلى إِبْقَاءِ نَسْلِهِ دُونَهَا إلى إِبْقَاءِ نَفْسِهِ) وَلِهَذَا لا يُجْبَرُ الوَلَدُ عَلى إِعْطَاءِ الجَارِيَةِ وَالِدَهُ لِلاسْتِيلادِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ ضَرُورِيٍّ، (فَلِهَذَا يَتَمَلَّكُ الجَارِيَةَ بِالقِيمَةِ، وَالطَّعَامَ بِغَيْرِ القِيمَةِ).

فَإِنْ عُورِضَ بِأَنَّ الاسْتِيلادَ يَعْتَمِدُ المِلْكَ كَمَا فِي المَمْلُوكَةِ أَوْ حَقَّ المِلْكِ كَمَا فِي المُكَاتَبَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِمَوْجُودٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (ثُمَّ هَذَا المِلْكُ يَثْبُتُ قَبْلَ الاسْتِيلادِ شَرْطًا لَهُ، إِذْ المُصَحِّحُ) يَعْنِي الاسْتِيلادَ إِمَّا (حَقِيقَةُ المِلْكِ أَوْ حَقُّهُ) عَلى مَا ذَكَرْنَا (وَكُلُّ ذَلِكَ غَيْرُ ثَابِتٍ لِلأَبِ فِيهَا حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التَّزَوُّجُ بِهَا فَلا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهِ)؛ لأَنَّهُ بَعْدَمَا عَلِقَ الوَلَدَ احْتَاجَ الأَبُ إلى صِيَانَتِهِ عَنْ الضَّيَاعِ وَذَلِكَ بِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَلا ثُبُوتَ لَهُ بِدُونِ ذَلِكَ فَقَدَّمَ اقْتِضَاءَ تَقْدِيمِ الشَّرْطِ عَلى المَشْرُوطِ، وَإِذَا قُدِّمَ كَانَ الوَطْءُ وَاقِعًا فِي مِلْكِهِ (فَلا يَلْزَمُهُ العُقْرُ).

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ المَهْرُ؛ لأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ المِلْكَ حُكْمًا لِلاسْتِيلادِ) فَإِنَّهُ يَسْقُطُ الإِحْصَانُ بِهَذَا الوَطْءِ، وَلَوْ كَانَ فِي المِلْكِ لَمَا سَقَطَ وَحُدَّ قَاذِفُهُ، وَقَاسَاهُ بِالجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَوْلَدَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ العُقْرُ.

(وَالمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ) يَعْنِي فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَغَيْرِهَا: أَنَّ المِلْكَ عِنْدَنَا يَثْبُتُ قَبْلَ الاسْتِيلادِ شَرْطًا لَهُ، وَعِنْدَهُ بَعْدَهُ حُكْمًا لَهُ. وَالَّذِي ذَهَبْنَا إِلَيْهِ هُوَ الصَّوَابُ لأَنَّا قَدْ اتَّفَقْنَا عَلى أَنَّ **اسْتِيلادَ الأَبِ جَارِيَةَ وَلَدِهِ** صَحِيحٌ، وَمِنْ شَرْطِ صِحَّتِهِ وُقُوعُ الوَطْءِ فِي المِلْكِ، حَتَّى لَوْ خَلا عَنْهُ أَصْلا لَمْ يَصِحَّ كَمَا فِي جَارِيَةِ الأَجْنَبِيِّ فَلا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهِ صِيَانَةً لِفِعْلِهِ عَنْ الحُرْمَةِ وَصِيَانَةً لِلوَلَدِ عَنْ الرِّقِّ.

وَعُورِضَ بِأَنَّ الجَارِيَةَ المُشْتَرَكَةَ بَيْنَ الأَبِ وَالابْنِ إِذَا وَلَدَتْ فَادَّعَاءُ الأَبِ يُثْبِتُ

النَّسَبَ، وَيَجِبُ العُقْرُ مَعَ قِيَامِ نَوْعِ ملك، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلى أَنَّ الملكَ لَمْ يَثْبُتْ سَابقًا عَلى الوَطْءِ، وَبأَنَّهُ إذَا وَطِئَهَا غَيْرُ مُعَلقٍ وَجَبَ العُقْرُ، وَلوْ ثَبَتَ الملكُ قَبْلَهُ لَمَا وَجَبَ، وَبأَنَّهُ إذَا قَذَفَهُ إنْسَانٌ لا يُحَدُّ، وَلوْ ثَبَتَ الملكُ قَبْلَهُ لحُدَّ. وَأُجيبَ عَنْ الأُولى بأَنَّا نُقَدِّمُ الملكَ احْتِرَازًا عَنْ وُقُوعِ الاسْتِيلادِ فِي غَيْرِ الملكِ حُكْمًا، وَفِي تلكَ المَسْأَلة نَوْعٌ مِنْ الملكِ القَائِمِ فَلا يَحْتَاجُ إلى تَقْديمه. وَعَنْ الثَّانِيَة بأَنَّ إِثْبَاتَ الملكِ بصفَة التَّقَدُّم كَانَ لصِيَانَة فعْله عَنْ الحُرْمَة وَصِيَانَة الوَلد عَنْ الرِّقِّ، وَهَذَا المَجْمُوعُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ هُنَا. وَعَنْ الثَّالثَة بِأَنَّ تَقَدُّمَ الملك اجْتِهَاديٌّ فَكَانَ فيه شُبْهَةٌ يَنْدَرِئُ بهَا الحَدُّ.

قَال (ولَو كَانَ الابنُ زَوَّجهَا إيَّاهُ فَوَلدَت مِنهُ لم تَصِر أُمَّ وَلدٍ لهُ وَلا قِيمَةَ عَليه وَعَليهِ المَهرُ وَوَلدُهَا حُرٌّ) لأَنَّهُ صَحَّ التَّزَوُّجُ عِندَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ لخُلُوِّهَا عَن مِلكِ الأَبِ، أَلا يَرَى أَنَّ الابنَ مَلَكَهَا مِن كُل وَجهٍ فَمِنَ المُحَال أَن يَملكَهَا الأَبُ مِن وَجهٍ، وَكَذَا يَملكُ مِن التَّصَرُّفَاتِ مَا لا يَبقَى مَعَهُ مِلكُ الأَبِ لو كَانَ، فَدَل ذَلكَ عَلى انتِفَاءِ مِلكِهِ إلا أَنَّهُ يَسقُطُ الحَدُّ للشُّبهَةِ، فَإِذَا جَازَ النِّكَاحُ صَارَ مَاؤُهُ مَصُونًا بِهِ فَلم يَثبُت مِلكُ اليَمِينِ فَلا تَصِيرُ أُمَّ وَلدٍ لهُ، وَلا قِيمَةَ عَليهِ فِيهَا وَلا فِي وَلدِهَا لأَنَّهُ لم يَملكهُمَا، وَعَليهِ المَهرُ لالتِزَامِهِ بِالنِّكَاحِ وَوَلدُهَا حُرٌّ لأَنَّهُ مَلَكَهُ أَخُوهُ فَيُعتَقُ عَليهِ بالقَرابَةِ.

الشرح:

(وَلوْ كَانَ الوَلدُ زَوَّجَ جَارِيَتَهُ إيَّاهُ) أَيْ أَبَاهُ (فَوَلدَتْ لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلد لهُ وَلا قِيمَة عَلَيْه وَعَلَيْه المَهْرُ وَوَلَدُهُ حُرٌّ؛ لأَنَّهُ صَحَّ التَّزْوِيجُ عِنْدَنَا)، وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَصِحُّ لأَنَّ للأَب حَقَّ الملك فِي مَال وَلده، حَتَّى لوْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ عَالمًا بحُرْمَتها عَلَيْه لَمْ يَلزَمْهُ الحَدُّ، وَكُلُّ مَنْ لهُ حَقُّ الملك فِي جَارِيَةٍ لا يَجُوزُ تَزَوُّجُهُ إيَّاهَا **كَالمَوْلى إذَا تَزَوَّجَ أَمَةً مِنْ كَسْب مُكَاتَبه**؛ لأَنَّ حَقَّ الملك فِي مَال وَلده أَظْهَرُ، أَلا يَرَى أَنَّ اسْتيلادَهُ جَارِيَةَ الابْنِ صَحِيحٌ، **وَاسْتيلادَ المَوْلى أَمَةَ مُكَاتَبه** غَيْرُ صَحِيحٍ. وَلَنَا أَنَّ أَمَةَ الابْنِ خَاليَةٌ عَنْ ملك الأَب؛ لأَنَّ الابْنَ مَلكَهَا مِنْ كُل وَجْه بِدَلالَة حِل الوَطْءِ وَنَفَاذ العِتْقِ وَصِحَّة البَيْعِ وَالرَّهْنِ وَالهبَة.

(فَمنْ المُحَال أَنْ يَمْلكَهَا الأَبُ بوَجْه) منْ الوُجُوه، وَإِلا لَمَا كَانَ الابْنُ مَلكَهَا منْ كُل وَجْه وَذَلكَ خَلفٌ بَاطِلٌ، (وَكَذَا يَمْلكُ) الابْنُ (منْ التَّصَرُّفَات مَا لا يَبْقَى مَعَهُ ملكُ

الأَبِ لوْ كَانَ فَدَل انْتِفَاءُ ملكه) وَقَوْلُهُ: (إلا أَنَّهُ يَسْقُطُ الحَدُّ للشُّبْهَةِ) جَوابٌ عَنْ قَوْلِ الخَصْمِ لوْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ عَالمًا بِحُرْمَتِهَا عَليْهِ لَمْ يُحَدَّ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَابِ، وَإِذَا كَانَتْ خَالِيَةً عَنْ مِلكِهِ صَحَّ النِّكَاحُ، وَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ صَارَ مَاؤُهُ مَصُونًا بِهِ (فَلَمْ يَثْبُتْ مِلكُ اليَمِينِ) لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِليْهِ، (فَلا تَصِيرُ أُمَّ وَلد لهُ).

وَقَال زُفَرُ: تَصِيرُ أُمَّ وَلد لهُ؛ لأَنَّهُ لوْ اسْتَوْلدَهَا بِفُجُورٍ صَارَتْ أُمَّ وَلد لهُ، فَإِذَا اسْتَوْلدَهَا بِالنِّكَاحِ أَوْ شُبْهَةِ نِكَاحٍ أَوْلى أَنْ تَصِيرَ أُمَّ وَلد لهُ. وَلنَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَاءَهُ صَارَ مَصُونًا بِالنِّكَاحِ فَلا يَحْتَاجُ إلى مِلكِ اليَمِينِ؛ لأَنَّ إِثْيَانَهُ لَمْ يَكُنْ إلا لِصِيَانَةِ المَاءِ. وَقَوْلُهُ: (وَلا قِيمَةَ عَليْهِ فِيهَا) ظَاهِرٌ.

قَال (وَإِذَا كَانَت الحُرَّةُ تَحتَ عَبدٍ فَقَالت لِمَولاهُ أَعتِقهُ عَنِّي بِأَلفٍ فَفَعَل فَسَدَ النِّكَاحُ) وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَفسُدُ، وَأَصلُهُ أَن يَقَعَ العِتقُ عَن الآمِرِ عِندَنَا حَتَّى يَكُونَ الوَلاءُ لهُ، وَلو نَوَى بِهِ الكَفَّارَةَ يَخرُجُ عَن عُهدَتِهَا، وَعِندَهُ يَقَعُ عَن المَأمُورِ لأَنَّهُ طَلبَ أَن يُعتِقَ المَأمُورُ عَبدَهُ عَنهُ، وَهَذَا مُحَالٌ لأَنَّهُ لا عِتقَ فِيمَا لا يَملكُ ابنُ آدَمَ فَلم يَصِحَّ الطَّلبُ فَيَقَعُ العِتقُ عَن المَأمُورِ.

وَلنَا أَنَّهُ أَمكَنَ تَصحِيحُهُ بِتَقدِيمِ المِلكِ بِطَرِيقِ الاقتِضَاءِ إِذ المِلكُ شَرطٌ لِصِحَّةِ العِتقِ عَنهُ فَيَصِيرُ قَولُهُ أَعتِق طَلبُ التَّمليكِ مِنهُ بِالأَلفِ ثُمَّ أَمرَهُ بِإِعتَاقِ عَبدِ الآمِرِ عَنهُ، وَقَولُهُ أَعتَقت تَمليكٌ مِنهُ ثُمَّ الإِعتَاقُ عَنهُ، وَإِذَا ثَبَتَ المِلكُ للآمِرِ فَسَدَ النِّكَاحُ للتَّنَافِي بَين المِلكَين.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا كَانَتْ الحُرَّةُ تَحْتَ عَبْد) وَاضِحٌ إلا أَلفَاظًا نُنَبِّهُ عَليْهَا. قَوْلُهُ: (لِصِحَّةِ العِتْقِ عَنْهُ) أَيْ عَنْ الآمِرِ. وَقَوْلُهُ: (أَعْتِقْ طَلبَ التَّمْلِيك مِنْهُ) تَقْدِيرُهُ أَعْتِقْ عَبْدَك الذِي هُوَ لك فِي الحَال عَنْدَ بَيْعك لِي إِيَّاهُ بِطَرِيقِ الوَكَالةِ عَنِّي، فَيَكُونُ أَمْرًا بِإِعْتَاقِ عَبْدِ الآمِرِ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ: أَعْتَقْت يَكُونُ بِمَعْنَى قَوْله: بِعْته مِنْك وَأَعْتَقْته عَنْك.

فَإِنْ قِيل: لوْ صَرَّحَ بِالبَيْعِ لَمْ يَقَعْ العِتْقُ إلا عَنْ المَأْمُورِ بِالاتِّفَاق فَلا يَكُونُ المُقْتَضِي أَقْوَى مِنْ التَّصْرِيحِ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ صَرِيحًا، **كَبَيْعِ الأَجِنَّةِ فِي أَرْحَامِ الأُمَّهَات** يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا، وَإِذَا ثَبَتَ المِلكُ للآمِرِ فَسَدَ

النِّكَاحُ للتَّنَافي بَيْنَ المِلكَيْنِ عَلى مَا مَرَّ فِي فَصْل المُحَرَّمَاتِ عِنْدَ قَوْله: **وَلا يَتَزَوَّجُ المَوْلى أَمَتَهُ وَلا المَرْأَةُ عَبْدَهَا.**

فَإِنْ قِيل: وَجَبَ أَنْ لا يَبْطُل النِّكَاحُ هَاهُنَا وَإِنْ ثَبَتَ مِلكُ اليَمِينِ لوَجْهَيْنِ: أَحَدهمَا أَنَّ المِلكَ ثَابِتٌ هَاهُنَا بِطَرِيقِ الاقْتِضَاءِ وَالثَّابِتُ به ضَرُورِيٌّ يُثْبتُ ضَرُورَةَ صِحَّة العِتْقِ فَلا يَتَعَدَّى إلى فَسَاد النِّكَاحِ. وَالثَّانِي أَنَّ المِلكَ هَاهُنَا كَمَا ثَبَتَ يَزُولُ حُكْمًا للإِعْتَاق. وَمِثْلُهُ لا يُفْسِدُ النِّكَاحَ **كَالوَكِيل بِالشِّرَاءِ إذَا اشْتَرَى مَنْكُوحَتَهُ لِمُوَكِّله** لا يَفْسُدُ النِّكَاحُ؛ لأَنَّ المِلكَ كَمَا ثَبَتَ زَال.

أُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ الشَّيْءَ إذَا ثَبَتَ ثَبَتَ بِجَمِيعِ لوَازِمِه وَفَسَادُ النِّكَاحِ لازِمٌ مِنْ لوَازِمِ المِلكِ اللازِمِ للعِتْقِ، وَلازِمُ اللازِمِ لازِمٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ المِلكَ يَثْبُتُ للمُوَكِّل ابْتِدَاءً وَهُوَ مُخْتَارُ شَمْسِ الأَئِمَّة وَأَبِي طَاهِرِ الدَّبَّاسِ. سَلمْنَا أَنَّ المِلكَ يَثْبُتُ للوَكِيل، لكِنْ إِنَّمَا لا يَفْسُدُ بِهِ النِّكَاحُ لتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ بِهِ عِنْدَ الثُّبُوتِ وَهُوَ المُوَكِّلُ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلكَ.

(وَلو قَالت أَعتِقهُ عَنِّي وَلم تُسَمِّ مَالا لم يَفسُد النِّكَاحُ وَالوَلاءُ للمُعتِقِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لأَنَّهُ يُقَدِّمُ التَّمليكَ بِغَيرِ عِوَضٍ تَصحِيحًا لتَصَرُّفِهِ، وَيَسقُطُ اعتِبَارُ القَبضِ كَمَا إِذَا كَانَ عَليهِ كَفَّارَةُ ظِهَارٍ فَأَمَرَ غَيرَهُ أَن يُطعِمَ عَنهُ. وَلهُمَا أَنَّ الهِبَةَ مِن شَرطِهَا القَبضُ بِالنَّصِّ فَلا يُمكِنُ إسقَاطُهُ وَلا إثبَاتُهُ اقتِضَاءً لأَنَّهُ فِعلٌ حِسِّيٌّ، بِخِلافِ البَيعِ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ شَرعِيٌّ، وَفِي تِلكَ المَسأَلةِ الفَقِيرُ يَنُوبُ عَن الآمِرِ فِي القَبضِ، أَمَّا العَبدُ فَلا يَقَعُ فِي يَدِهِ شَيءٌ ليَنُوبَ عَنهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهُ) يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ (يُقَدِّمُ التَّمْليكَ بِغَيْرِ عِوَضٍ تَصْحِيحًا لتَصَرُّفِه) أَيْ لتَصَرُّفِ الآمِرِ لمَا أَنَّ تَصْحِيحَ كَلامِ العَاقِل وَاجِبٌ مَهْمَا أَمْكَنَ وَقَدْ أَمْكَنَ هَاهُنَا بِإِسْقَاط اعْتِبَارِ القَبْضِ لأَنَّهُ شَرْطٌ، وَقَدْ أَمْكَنَ ذَلكَ بِإِسْقَاط القَبُول الذي هُوَ الرُّكْنُ فَلأَنْ يُمْكِنَ بِإِسْقَاط الشَّرْط أَوْلى، فَصَارَ (كَمَا إذَا كَانَ **عَليْه كَفَّارَةُ ظِهَارٍ فَأَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ**) **فَفَعَل** سَقَطَ عَنْهُ الكَفَّارَةُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِقَةٍ بَيْنَ مَا إذْ كَانَ الطَّلبُ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْرِه.

(وَلهُمَا أَنَّ الهِبَةَ مِنْ شَرْطِهَا القَبْضُ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**لا تَصِحُّ الهِبَةُ إلا**

مَقْبُوضَةً» (فَلا يُمْكِنُ إسْقَاطُهُ وَلا إثْبَاتُهُ اقْتِضَاءً)، وَقَوْلُهُ: إسْقَاطُهُ وَلا إثْبَاتُهُ إشَارَةٌ إلى أَنَّ فِيهِ طَرِيقَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْقُطَ القَبْضُ كَمَا يَسْقُطُ القَبُولُ. وَالثَّانِي أَنْ يُجْعَلَ القَبْضُ مَوْجُودًا تَقْدِيرًا. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ) يَعْنِي أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ القَوْلِ فَلا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا فِي ضِمْنِ قَوْلِهِ: أَعْتَقْت هَذَا بِالنِّسْبَةِ إلى الإِثْبَاتِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إلى الإِسْقَاطِ فَيُقَالُ لأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ، وَالفِعْلُ الحِسِّيُّ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ سُقُوطِهِ، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّهُ تَصَرُّفٌ شَرْعِيٌّ فَيَصِحُّ أَنْ يَثْبُتَ فِي ضِمْنِهِ.

قَوْلُهُ: (وَفِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ) أَيْ مَسْأَلَةِ الأَمْرِ بِالإِطْعَامِ (الفَقِيرُ يَنُوبُ عَنْ الآمِرِ فِي القَبْضِ) كَالفَقِيرِ فِي بَابِ الزَّكَاةِ يَنُوبُ قَبْضُهُ عَنْ اللهِ تَعَالى ثُمَّ يَصِيرُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ، (أَمَّا العَبْدُ فَلا يَقَعُ فِي يَدِهِ شَيْءٌ)؛ لأَنَّ الإِعْتَاقَ إِتْلافٌ لِلْمِلْكِ، وَتَمَامُ تَقْرِيرِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ يُطْلَبُ فِي التَّقْرِيرِ.

باب نكاح أهل الشرك

وَإِذَا تَزَوَّجَ الكَافِرُ بِلا شُهُودٍ أَو فِي عِدَّةِ كَافِرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِم جَائِزٌ ثُمَّ أَسلمَا أُقِرَّا عَلَيهِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَال زُفَرُ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ فِي الوَجهَينِ إلا أَنَّهُ لا يُتَعَرَّضُ لَهُم قَبلَ الإِسلامِ وَالمُرَافَعَةِ إلى الحُكَّامِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ كَمَا قَال أَبُو حَنِيفَةَ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي كَمَا قَال زُفَرُ. لَهُ أَنَّ الخِطَابَاتِ عَامَّةٌ مَا مَرَّ مِن قَبلُ فَتَلزَمُهُم، وَإِنَّمَا لا يُتَعَرَّضُ لَهُم لِذِمَّتِهِم إعرَاضًا لا تَقرِيرًا، فَإِذَا تَرَافَعُوا أَو أَسلَمُوا وَالحُرمَةُ قَائِمَةٌ وَجَبَ التَّفرِيقُ.

وَلَهُمَا أَنَّ حُرمَةَ نِكَاحِ المُعتَدَّةِ مُجمَعٌ عَلَيهَا فَكَانُوا مُلتَزِمِينَ لَهَا، وَحُرمَةُ النِّكَاحِ بِغَيرِ شُهُودٍ مُختَلَفٌ فِيهَا وَلَم يَلتَزِمُوا أَحكَامَنَا بِجَمِيعِ الاختِلافَاتِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحُرمَةَ لا يُمكِنُ إثبَاتُهَا حَقًّا لِلشَّرعِ؛ لأَنَّهُم لا يُخَاطَبُونَ بِحُقُوقِهِ، وَلا وَجهَ إلى إيجَابِ العِدَّةِ حَقًّا لِلزَّوجِ؛ لأَنَّهُ لا يَعتَقِدُهُ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَت تَحتَ مُسلِمٍ؛ لأَنَّهُ يَعتَقِدُهُ، وَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ فَحَالَةُ المُرَافَعَةِ وَالإِسلامِ حَالَةُ البَقَاءِ وَالشَّهَادَةِ لَيسَت شَرطًا فِيهَا وَكَذَا العِدَّةُ لا تُنَافِيهَا كَالمَنكُوحَةِ إذَا وُطِئَت بِشُبهَةٍ.

الشرح:

(بَابُ نِكَاحِ أَهلِ الشِّرْكِ): لَمَّا ذَكَرَ بَابَ نِكَاحِ الرَّقِيقِ لِلْمُنَاسَبَةِ الَّتِي ذَكَرْنَا مَنْ

هُوَ أَدْوَنُ مَنْزِلةً وَأَخسُّ مِنهُمْ رُتْبَةً وَهُمْ أَهْلُ الشِّرْكِ الذينَ لا كِتَابَ لَهُمْ فَإِذَا **تَزَوَّجَ الكَافِرُ بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةِ كَافِرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ ثُمَّ أَسْلَمَا أُقِرَّا** عَلَيْه) قَيَّدَ بعِدَّةِ كَافِرٍ؛ لأَنَّهُ لوْ كَانَ فِي عِدَّةِ مُسْلِمٍ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا بالإجْمَاعِ كَذَا قِيل، وَفِيه نَظَرٌ؛ لأَنَّ كَلامَنَا فِي أَهْلِ الشِّرْكِ، وَلا يَجُوزُ للمُسْلِمِ نِكَاحُ المُشْرِكَةِ حَتَّى تَكُونَ فِي عِدَّتِه، وَيَجُوزُ أَنْ يُصَوَّرَ بأَنْ أَشْرَكَتْ بَعْدَ الطَّلاقِ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَهِيَ فِي عِدَّةِ المُسْلِم.

(وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال زُفَرُ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ فِي الوَجْهَيْنِ، إلا أَنَّهُ لا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ قَبْلَ الإِسْلامِ وَالمُرَافَعَةُ إلى الحُكَّامِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الوَجْهِ الأَوَّل) وَهُوَ التَّزَوُّجُ بِغَيْرِ شُهُودٍ (كَمَا قَال أَبو حَنِيفَةَ. وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي) وَهُوَ التَّزَوُّجُ فِي عِدَّةِ كَافِرٍ آخَرَ (كَمَا قَال زُفَرُ) قَال زُفَرُ (الخِطَابَاتُ) كَقَوْله ﷺ «**لا نِكَاحَ إلا بِشُهُودٍ**» وَنَحْوِه (عَامَّةٌ كَمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَتَلزَمُهُمْ. وَإِنَّمَا لا يَتَعَرَّضُ لَهُمْ لذِمَّتِهِمْ إعْرَاضًا) كَمَا تَرَكْنَاهُمْ وَعِبَادَةَ الصَّنَمِ إعْرَاضًا.

(لا تَقْرِيرًا، فَإِذَا تَرَافَعُوا أَوْ أَسْلمُوا وَالحُرْمَةُ قَائِمَةٌ وَجَبَ التَّفْرِيقُ) عَمَلا بقَوْله تَعَالَى ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾ [المائدة: ٤٨] (وَلَهُمَا أَنَّ حُرْمَةَ **نِكَاحِ المُعْتَدَّةِ** مُجْمَعٌ عَلَيْهَا، فَكَانُوا مُلتَزِمِينَ لَهَا وَحُرْمَةُ **النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ** مُخْتَلفٌ فِيهَا) فَإِنَّ مَالكًا وَابْنَ أَبِي لَيْلى يُجَوِّزَانِه (وَلَمْ يَلتَزِمُوا أَحْكَامَنَا بجَمِيعِ الاخْتِلافَاتِ)، وَلكِنَّا لا نَتَعَرَّضُ لَهُمْ لمَكَانِ عَقْدِ الذِّمَّةِ، فَإِذَا تَرَافَعَا أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ أَسْلمَ وَالعِدَّةُ غَيْرُ مُنْقَضِيَةٍ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا كَمَا فِي نِكَاحِ المَحَارِمِ. وَأَمَّا إذَا كَانَ الإِسْلامُ وَالمُرَافَعَةُ بَعْدَ انْقِضَائِهَا فَلا نُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِالإِجْمَاعِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ حُرْمَةَ النِّكَاحِ إنَّمَا هِيَ للعِدَّةِ لكَوْنِه نِكَاحَ المَنْكُوحَةِ مِنْ وَجْه. وَثُبُوتُ العِدَّةِ إمَّا أَنْ يَكُونَ للشَّرْعِ أَوْ للزَّوْجِ لا سَبِيل إلى الأَوَّل؛ (لأَنَّهُمْ لا يُخَاطَبُونَ بحُقُوقِه) وَلهَذَا لا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ فِي الخَمْرِ وَالخِنْزِير، وَلا إلى الثَّانِي؛ (لأَنَّهُ لا يَعْتَقِدُهُ)؛ لأَنَّ هَذَا الوَضْعَ عَلى ذَلكَ الفَرْضِ وَكَأَنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ ابْتِدَاءً صَحِيحًا للوُجُودِ المُقْتَضِي وَهُوَ صُدُورُ الرُّكْنِ مِنْ أَهْله مُضَافًا إلى مَحَله وَانْتِفَاءِ المَانِعِ (بخِلافِ مَا إذَا كَانَتْ تَحْتَ مُسْلمٍ) فَإِنَّ المَانِعَ مُتَحَقِّقٌ وَهُوَ اعْتِقَادُ الحُرْمَةِ، وَإِذَا صَحَّ ابْتِدَاءً لا يَرْتَفِعُ بِالإِسْلامِ وَالمُرَافَعَةِ؛ لأَنَّ ذَلكَ حَالةُ البَقَاءِ.

(وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهَا) وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ الشُّهُودُ لَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ. (وَكَذَا العِدَّةُ لا تُنَافِي حَالَةَ البَقَاءِ كَالْمَنْكُوحَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ) يَجِبُ عَلَيْهَا العِدَّةُ صِيَانَةً لِحَقِّ الوَاطِئِ وَلا يَبْطُلُ النِّكَاحُ القَائِمُ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إِلَى أَنَّ العِدَّةَ لا تَجِبُ عَنْ الكَافِرِ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: تَجِبُ لَكِنَّهَا ضَعِيفَةٌ لا تَمْنَعُ النِّكَاحَ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ كَالاسْتِبْرَاءِ فِيمَا بَيْنَ المُسْلِمِينَ فَكَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا فِي الابْتِدَاءِ وَحَالَةُ الإِسْلامِ وَالمُرَافَعَةِ حَالَةُ بَقَاءٍ وَهِيَ لا تَسْتَلْزِمُ الشُّرُوطَ وَلا تُنَافِي العِدَّةَ عَلَى مَا قُلْنَا.

(فَإِذَا تَزَوَّجَ المَجُوسِيُّ أُمَّهُ أَوِ ابنَتَهُ ثُمَّ أَسلمَا فُرِّقَ بَينَهُمَا)؛ لأَنَّ نِكَاحَ المَحَارِمِ لهُ حُكمُ البُطلانِ فِيمَا بَينَهُم عِندَهُمَا كَمَا ذَكَرنَا فِي العِدَّةِ وَوَجَبَ التَّعَرُّضُ بِالإِسلامِ فَيُفَرَّقُ. وَعِندَهُ لهُ حُكمُ الصِّحَّةِ فِي الصَّحِيحِ إلا أَنَّ المَحرَمِيَّةَ تُنَافِي بَقَاءَ النِّكَاحِ فَيُفَرَّقُ، بِخِلافِ العِدَّةِ؛ لأَنَّهَا لا تُنَافِيهِ، ثُمَّ بِإِسلامِ أَحَدِهِمَا يُفَرَّقُ بَينَهُمَا وَبِمُرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا لا يُفَرَّقُ عِندَهُ خِلافًا لهُمَا، وَالفَرقُ أَنَّ استِحقَاقَ أَحَدِهِمَا لا يَبطُلُ بِمُرَافَعَةِ صَاحِبِهِ إذ لا يَتَغَيَّرُ بِهِ اعتِقَادُهُ، أَمَّا اعتِقَادُ المُصِرِّ لا يُعَارِضُ إسلامَ المُسلمِ؛ لأَنَّ الإِسلامَ يَعلُو وَلا يُعلى، وَلو تَرَافَعَا يُفَرَّقُ بِالإِجمَاعِ، لأَنَّ مُرَافَعَتَهُمَا كَتَحكِيمِهِمَا.

الشرح:

فَإِنْ تَزَوَّجَ المَجُوسِيُّ إِحْدَى مَحَارِمِهِ أَوْ خَامِسَةً ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَرَافَعَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَمَا دَامَا عَلَى الكُفْرِ وَلَمْ يَتَرَافَعَا لا يُتَعَرَّضُ لَهُمَا وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ، لَكِنْ عِنْدَهُمَا بِاعْتِبَارِ أَنَّ لِنِكَاحِ المَحَارِمِ حُكْمَ البُطْلانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ لِكَوْنِهِ مُجْمَعًا عَلَيْهِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ، وَإِذَا أَسْلَمَ وَجَبَ التَّعَرُّضُ بِهِ وَالتَّفْرِيقُ، وَكَذَلِكَ بِالمُرَافَعَةِ، وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ فِي الصَّحِيحِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الحُرْمَةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ لِلشَّرْعِ أَوْ لِلزَّوْجِ إلخ.

وَقَوْلُهُ: (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَشَايِخِ العِرَاقِ: إِنَّ لَهُ حُكْمَ الفَسَادِ عِنْدَهُ؛ لأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ لَمَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فِي البَقَاءِ. وَقَوْلُهُ: (إلا أَنَّ المَحْرَمِيَّةَ) جَوَابٌ عَنْ هَذَا التَّشْكِيكِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ المَحْرَمِيَّةَ (تُنَافِي بَقَاءَ النِّكَاحِ) كَمَا لَوْ اعْتَرَضْت عَلَى نِكَاحِ المُسْلِمِينَ بِرَضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ (فَيُفَرَّقُ) بَيْنَهُمَا (بِخِلافِ العِدَّةِ؛ لأَنَّهَا لا تُنَافِيهِ) كَمَا مَرَّ (ثُمَّ بِإِسْلامِ أَحَدِهِمَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا) بِالاتِّفَاقِ.

(وَ) كَذَلِكَ (بِمُرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا) وَطَلَبَ حُكْمُ الإِسْلامِ عِنْدَهُمَا؛ لأَنَّ إِسْلامَ

أَحَدِهِمَا كَإِسْلَامِهِمَا فِي جَوَازِ التَّفْرِيقِ فَكَذَلِكَ رَفْعُ أَحَدِهِمَا يَكُونُ كَرَفْعِهِمَا؛ لأَنَّهُ بِرَفْعِهِ انْقَادَ لِحُكْمِ الإِسْلَامِ كَمَا إِذَا أَسْلَمَ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يُفَرَّقُ بِرَفْعِ أَحَدِهِمَا؛ لأَنَّ الآخَرَ قَدْ اسْتَحَقَّ بِاعْتِقَادِهِ بَقَاءَ هَذَا النِّكَاحِ، وَاسْتِحْقَاقُهُ لَا يَبْطُلُ بِمُرَافَعَةِ الآخَرِ، (إِذْ لَا يَتَغَيَّرُ بِهِ اعْتِقَادُهُ) بَلْ يُعَارِضُهُ بِخِلَافِ الإِسْلَامِ، فَإِنَّ اعْتِقَادَ الْمُصِرِّ لَا يُعَارِضُ إِسْلَامَ الْمُسْلِمِ؛ إِذْ الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى، وَأَمَّا إِذَا تَرَافَعَا فَلَا بُدَّ مِنْ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا بِالإِجْمَاعِ؛ (لأَنَّ مُرَافَعَتَهُمَا كَتَحْكِيمِهِمَا) وَلَوْ **حَكَّمَا رَجُلًا وَطَلَبَا مِنْهُ حُكْمَ الإِسْلَامِ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا** فَالْقَاضِي أَوْلَى بِذَلِكَ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ.

(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَةً وَلَا كَافِرَةً وَلَا مُرْتَدَّةً)؛ لأَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِلْقَتْلِ، وَالإِمْهَالُ ضَرُورَةَ التَّأَمُّلِ، وَالنِّكَاحُ يَشْغَلُهُ عَنْهُ فَلَا يُشْرَعُ فِي حَقِّهِ (وَكَذَا الْمُرْتَدَّةُ لَا يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلَا كَافِرٌ)؛ لأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ لِلتَّأَمُّلِ وَخِدْمَةُ الزَّوْجِ تَشْغَلُهَا عَنْهُ، وَلأَنَّهُ لَا يَنْتَظِمُ بَيْنَهُمَا الْمَصَالِحَ، وَالنِّكَاحُ مَا شُرِعَ لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَصَالِحِهِ.

(فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صَارَ وَلَدُهُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ) لأَنَّ فِي جَعْلِهِ تَبَعًا لَهُ نَظَرًا لَهُ (وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالْوَلَدُ كِتَابِيٌّ)؛ لأَنَّ فِيهِ نَوْعَ نَظَرٍ لَهُ إِذْ الْمَجُوسِيَّةُ شَرٌّ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِلتَّعَارُضِ وَنَحْنُ بَيَّنَّا التَّرْجِيحَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (بَلْ لِمَصَالِحِهِ) يُرِيدُ بِهِ السُّكْنَى وَالازْدِوَاجَ وَالتَّوَالُدَ وَالتَّنَاسُلَ. وَقَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ) قِيلَ كَيْفَ يَصِحُّ هَذَا التَّعْمِيمُ وَلَا وُجُودَ لِنِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ مَعَ كَافِرٍ أَيِّ كَافِرٍ كَانَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الْبَقَاءِ بِأَنْ **أَسْلَمَتْ الْمَرْأَةُ وَلَمْ يُعْرَضْ الإِسْلَامُ عَلَى الزَّوْجِ بَعْدُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ.**

وَقَوْلُهُ: (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ) أَيْ فِي جَعْلِ الْوَلَدِ تَبَعًا لِلْكِتَابِيِّ (لِلتَّعَارُضِ) جَعْلُهُ تَبَعًا لِلْكِتَابِيِّ يُوجِبُ حِلَّ الذَّبِيحَةِ وَالنِّكَاحِ، وَجَعْلُهُ تَبَعًا لِلْمَجُوسِيِّ يُوجِبُ حُرْمَةَ ذَلِكَ فَوَقَعَ التَّعَارُضُ إِذْ الْكُفْرُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُحَرِّمِ (وَنَحْنُ بَيَّنَّا التَّرْجِيحَ) وَهُوَ قَوْلُهُ: لأَنَّ فِيهِ نَوْعَ نَظَرٍ. فَإِنْ قُلْتَ: عَلَى مَا ذَكَرْتَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا وَمِنْ الْخَصْمِ ذَهَبَ إِلَى نَوْعِ

تَرْجِيحٍ فَمِنْ أَيْنَ تَقُومُ الحُجَّةُ؟ قُلنَا تَرْجِيحُنَا يَدْفَعُ التَّعَارُضَ وَتَرْجِيحُهُ يَرْفَعُهُ بَعْدَ وُقُوعِهِ، وَالدَّفْعُ أَوْلَى مِنْ الرَّفْعِ؛ لأَنَّ كَمْ مِنْ وَاقِعٍ لا يُرْفَعُ.

(وَإِذَا أَسلمَت المَرأةُ وَزَوجُهَا كَافِرٌ عُرِضَ عَليهِ الإِسلامُ فَإِن أَسلمَ فَهِيَ امرَأَتُهُ، وَإِن أَبَى فَرَّقَ القَاضِي بَينَهُمَا، وَكَانَ ذَلكَ طَلاقًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَإِن أَسلمَ الزَّوجُ وَتَحتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عَليهَا الإِسلامَ، فَإِن أَسلمَت فَهِيَ امرَأَتُهُ، وَإِن أَبَت فَرَّقَ القَاضِي بَينَهُمَا وَلم تَكُن الفُرقَةُ طَلاقًا) وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا تَكُونُ الفُرقَةُ طَلاقًا فِي الوَجهَينِ، أَمَّا العَرضُ فَمَذهَبُنَا، وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يُعرَضُ الإِسلامُ؛ لأَنَّ فِيهِ تَعَرُّضًا لهُم وَقَد ضَمِنَّا بِعَقدِ الذِّمَّةِ أَن لا نَتَعَرَّضَ لهُم، إلا أَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ قَبل الدُّخُول غَيرُ مُتَأَكِّدٍ فَيَنقَطِعُ بِنَفسِ الإِسلامِ، وَبَعدَهُ مُتَأَكِّدٌ فَيَتَأَجَّلُ إلى انقِضَاءِ ثَلاثِ حِيَضٍ كَمَا فِي الطَّلاقِ.

وَلنَا أَنَّ المَقَاصِدَ قَد فَاتَت فَلا بُدَّ مِن سَبَبٍ تَبتَنِي عَليهِ الفُرقَةُ، وَالإِسلامُ طَاعَةٌ لا يَصلُحُ سَبَبًا فَيُعرَضُ الإِسلامُ لتَحصُل المَقَاصِدُ بِالإِسلامِ أَو تَثبُتَ الفُرقَةُ بِالإِبَاءِ. وَجهُ قَول أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الفُرقَةَ بِسَبَبٍ يَشتَرِكُ فِيهِ الزَّوجَانِ فَلا يَكُونُ طَلاقًا كَالفُرقَةِ بِسَبَبِ المِلكِ.

وَلهُمَا أَنَّ بِالإِبَاءِ امتَنَعَ الزَّوجُ عَن الإِمسَاكِ بِالمَعرُوفِ مَعَ قُدرَتِهِ عَليهِ بِالإِسلامِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسرِيحِ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، أَمَّا المَرأَةُ فَليسَت بِأَهلٍ للطَّلاقِ فَلا يَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهَا عِندَ إبَائِهَا (ثُمَّ إذَا فَرَّقَ بَينَهُمَا بِإِبَائِهَا فَلهَا المَهرُ إن كَانَ دَخَل بِهَا) لتَأَكُّدِهِ بِالدُّخُول (وَإِن لم يَكُن دَخَل بِهَا فَلا مَهرَ لهَا)؛ لأَنَّ الفُرقَةَ مِن قِبَلهَا وَالمَهرُ لم يَتَأَكَّد فَأَشبَهَ الرِّدَّةَ وَالمُطَاوَعَةَ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا أَسْلَمْت المَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ) أَطْلَقَ الكُفْرَ فِي قَوْله: وَزَوْجُهَا كَافِرٌ لعَدَم بَقَاءِ نِكَاحِ المُسْلمَةِ مَعَ كَافِرٍ أَيِّ كَافِرٍ كَانَ؛ وَقَيَّدَ الزَّوْجَةَ بِالمَجُوسِيَّةِ؛ لأَنَّهَا إنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً فَلا عَرْضَ وَلا تَفْرِيقَ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (كَمَا فِي الطَّلاق) يُرِيدُ أَنَّ نَفْسَ الطَّلاق قَبْل الدُّخُول يَرْفَعُ النِّكَاحَ وَبَعْدَهُ لا يَرْفَعُ إلا بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّة. وَقَوْلُهُ: (إلى انْقِضَاءِ ثَلاث حِيَضٍ) ليْسَ بِصَوَابٍ؛ لأَنَّ العِدَّةَ عِنْدَهُ بِالأَطْهَارِ، وَقِيل مَعْنَاهُ: وَكَانَ الشَّافِعِيُّ يَقُولُ يَنْبَغِي أَنْ يَتَأَجَّل عِنْدَكُمْ إلى انْقِضَاءِ ثَلاث حِيَضٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال هَذِهِ

المُدَّةُ لَمْ تُعْتَبَرْ للعدَّة بَل للتَّفْرِيقِ وَمَا لَمْ يُعْتَبَرْ لَهَا يُعْتَبَرُ فيه الحَيْضُ كَمَا فِي الاسْتِبْرَاءِ.

(وَلَنَا أَنَّ المَقَاصِدَ) بالنِّكَاحِ (قَدْ فَاتَتْ) وَتَقْرِيرُهُ بِإِسْلامِ المَرْأَة أَوْ زَوْجِ المَجُوسيَّة فَاتَتْ المَقَاصِدُ بالنِّكَاحِ وَفَوَاتُهَا. وَهُوَ حَادِثٌ لا بُدَّ لهُ مِنْ سَبَبٍ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ هُوَ الإِسْلامُ أَوْ كُفْرُ مَنْ بَقِيَ عَلَيْه لا سَبِيل إلى الأَوَّل؛ لأَنَّهُ طَاعَةٌ لا يَصْلُحُ سَبَبًا لفَوَات النِّعَمِ وَلا إلى الثَّانِي؛ لأَنَّ كُفْرَ مَنْ بَقِيَ عَلى كُفْرِه قَدْ كَانَ مَوْجُودًا قَبْل هَذَا وَلَمْ يُمْنَعْ ابْتداءً وَلا فَوْتُهَا بَقَاءً فَلا بُدَّ مِنْ أَمْرٍ آخرَ غَيْرِهمَا، (فَيُعْرَضُ الإِسْلامُ لتَحْصُلَ المَقَاصِدُ به) إنْ أَسْلمَ أَوْ يَثْبُتُ مَا يَصْلُحُ لذَلكَ وَهُوَ الإِبَاءُ.

فَإِنَّ الإِبَاءَ عَنْهُ صَالِحٌ لسَلبِ النِّعَمِ. وَإِذَا أُضِيفَ الفَوَاتُ إليْه أُضِيفَ مَا يَسْتَلزِمُهُ الفَوَاتُ وَهُوَ الفُرْقَةُ فَكَانَتْ الفُرْقَةُ مُضَافَةً إلى الإِبَاءِ. وَفِي كَلامِ المُصَنِّف نَوْعُ إغْلاقٍ؛ لأَنَّهُ يَلزَمُ عَلَيْه أَنْ يُقَال: فَوَاتُ المَقَاصِد يَصْلُحُ سَبَبًا يَنْبَنِي عَلَيْه الفُرْقَةُ فَلا حَاجَةَ إلى العَرْضِ، لكنْ إذَا تَأَمَّلت فِيمَا ذَكَرْته حَقَّ التَّأَمُّل أَزَال عَنْك الشُّبْهَةَ. وَلَمَّا فَرَغَ مِنْ البَحْث مَعَ الشَّافعِيِّ شَرَعَ فِيه مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي أَنَّ الفُرْقَةَ فِي الوَجْهَيْنِ لا تَكُونُ طَلاقًا، وَوَجْهُ قَوْله: مَا ذَكَرَهُ.

(أَنَّ الفُرْقَةَ بِسَبَبٍ يَشْتَرِكُ فيه الزَّوْجَان) عَلى مَعْنَى أَنَّهُ يَتَحَقَّقُ مِنْهُمَا وَهُوَ الإِبَاءُ، وَكُلُّ فُرْقَة بِسَبَبٍ يُشْتَرَكُ فِيه لا تَكُونُ طَلاقًا كَالفُرْقَة الوَاقعَة بِسَبَب ملك أَحَد الزَّوْجَيْنِ الآخرَ وَالوَاقعَةُ بِالمَحْرَمِيَّة. وَلَهُمَا أَنَّ الزَّوْجَ امْتَنَعَ بالإِبَاءِ عَنْ الإِمْسَاك بِالمَعْرُوف لمَا مَرَّ مِنْ فَوَاتِ المَقَاصِدِ، وَمَنْ **امْتَنَعَ عَنْ الإِمْسَاك** بالمَعْرُوف نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيح بإِحْسَانٍ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّة. وَقَوْلُهُ: (مَعَ قُدْرَته عَلَيْه بالإِسْلامِ) زِيَادَةُ تَأْكِيدٍ، وَأَرَى أَنَّ تَرْكَهُ كَانَ أَفْضَل؛ لأَنَّهُ لوْ كَانَ شَرْطًا بَطَل قِيَاسُهُ عَلى الجَبِّ وَالعُنَّة.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا المَرْأَةُ فَليْسَتْ بِأَهْلٍ للطَّلاق) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (فَأَشْبَهَ الرِّدَّةَ وَالمُطَاوَعَةَ) بِفَتْحِ الوَاوِ: يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا ارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِالله أَوْ مَكَّنَتْ ابْنَ زَوْجِهَا، فَإِنْ كَانَ ذَلكَ بَعْدَ الدُّخُول كَانَ لَهَا المَهْرُ لتَأَكُّده بالدُّخُول، وَإِنْ كَانَ قَبْلهُ فَلا مَهْرَ لَهَا.

(وَإِذَا أَسلمَت المَرأَةُ فِي دَارِ الحَربِ وَزَوجُهَا كَافِرٌ أَو أَسلمَ الحَربِيُّ وَتَحتَهُ مَجُوسِيَّةٌ لم تَقَع الفُرقَةُ عَليهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلاثَ حِيَضٍ ثُمَّ تَبِينَ مِن زَوجِهَا) وَهَذَا؛ لأَنَّ الإِسلامَ لَيسَ سَبَبًا لِلفُرقَةِ، وَالعَرضُ عَلَى الإِسلامِ مُتَعَذِّرٌ لِقُصُورِ الوِلايَةِ، وَلا بُدَّ مِن الفُرقَةِ دَفعًا

للفسَادِ فأَقمنَا شرطَهَا وَهُوَ مُضيُّ الحَيضِ مقَامَ السَّبَبِ كَمَا فِي حفَرِ البِئرِ، ولَا فَرقَ بَينَ المَدخُولِ بِهَا وَغَيرِ المَدخُولِ بِهَا، وَالشَّافِعِيُّ يَفصِلُ كَمَا مَرَّ لهُ فِي دَارِ الإِسلامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (**وَإِذَا أَسْلَمَتْ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَالعَرْضُ عَلى الإِسْلامِ مُتَعَذِّرٌ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَالعَرْضُ عَلى الإِسْلامِ مُتَعَذِّرٌ) مِنْ بَابِ: عَرَضْت النَّاقَةَ عَلى الحَوْضِ مِنْ القَلْبِ الذي لا يُشَجِّعُ عَلَيْهِ إلا أَفْرَادُ البُلغَاءِ. وَقَوْلُهُ: (فَأَقَمْنَا شَرْطَهَا) أَيْ شَرْطَ الفُرْقَة، (وَهُوَ مُضِيُّ الحَيْضِ) الثَّلاث إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحِيضُ أَوْ ثَلاثَة أَشْهُرٍ إِنْ لَمْ تَحِضْ (مَقَامَ سَبَبِ الفُرْقَة)، قَال فِي النِّهَايَةِ: هُوَ تَفْرِيقُ القَاضِي عِنْدَ إِبَاءِ الزَّوْجِ الإِسْلامَ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ سَبَبٌ بِطَرِيقِ النِّيَابَة، وَإِلا فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ سَبَبَ الفُرْقَة هُوَ الإِبَاءُ.

وَقَوْلُهُ: (كَمَا فِي حَفْرِ البِئْرِ) يَعْنِي فِي قِيَامِ الشَّرْط مَقَامَ السَّبَب، وَذَلكَ لأَنَّ الأَصْل إِضَافَةُ التَّلف إِلى فِعْل الوَاقِعِ فِي البِئْرِ التِي حُفِرَتْ عَلى قَارِعَة الطَّرِيقِ؛ لأَنَّهُ هُوَ العلةُ، لكنَّهُ تَعَذَّرَ ذَلكَ لكَوْنه طَبِيعِيًّا لا تَعَدِّي فيه، ثُمَّ إِضَافَتُهُ إِلى السَّبَب وَهُوَ المَشْيُ وَقَدْ تَعَذَّرَتْ كَذَلكَ؛ لأَنَّ المَشْيَ فِي الطَّرِيقِ مُبَاحٌ لا مَحَالةَ فَأُضِيفَ إِلى الشَّرْط وَهُوَ حَفْرُ البِئْرِ؛ لأَنَّهُ لَمْ تُعَارِضْهُ العلةُ وَالسَّبَبُ، وَلهُ شَبَهٌ بالعلة مِنْ حَيْثُ تَعَلُّقُ الحُكْمِ به وُجُودًا وَفيه تَعَدٍّ؛ لأَنَّهُ فِي غَيْرِ ملك الحَافِر وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفقْه، ثُمَّ المَرْأَةُ إِذَا كَانَتْ مُسْلمَةً فَهِيَ كَالمُهَاجِرَةِ عَلى مَا سَيَأْتِي حُكْمُ المُهَاجِرَة، وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ هُوَ المُسْلمُ فَلا عدَّةَ عَلَيْهَا بِالاتِّفَاق.

(وَلا فَرْقَ بَيْنَ المَدْخُول بِهَا وَغَيْرِ المَدْخُول بِهَا) عِنْدَنَا (وَالشَّافِعِيُّ يَفْصِلُ كَمَا مَرَّ لهُ فِي دَارِ الإِسْلامِ) مِنْ قَوْله: فَإِنْ كَانَ قَبْل الدُّخُول وَقَعَتْ الفُرْقَةُ فِي الحَال وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ العدَّة. وَلنَا أَنَّ هَذِه الحَيْضَ لأَجْل الفُرْقَة لا للعدَّة فَتَسْتَوِي فِيهَا المَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا، وَهَذَا لأَنَّ الزَّوْجَ فِي صُورَة الطَّلاق بَاشَرَ سَبَبَ الفُرْقَة وَهُوَ الطَّلاقُ فَجَازَ أَنْ يُعْتَبَرَ السَّبَبُ فِي الحَال إِذَا كَانَ قَبْل الدُّخُول فَلا يَحْتَاجُ إِلى مُضِيِّ الحَيْضِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالفَرْضُ أَنَّهُ لَمْ يُبَاشِرْهُ فَاحْتَاجَ إِلى مُضِيِّهَا للفُرْقَة فَيَسْتَوِيَان فِيهَا.

وَإِذَا وَقَعَت الفُرقَةُ وَالمَرأَةُ حَربِيَّةٌ فَلا عِدَّةَ عَلَيهَا وَإِن كَانَت هِيَ المُسلمَةُ فَكَذَلكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لهُمَا، وَسَيَأتِيك إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَإِذَا أَسلمَ زَوجُ الكِتَابِيَّةِ فَهُمَا

عَلى نِكَاحِهِمَا)؛ لأنَّهُ يَصِحُّ النّكَاحُ بَينَهُمَا ابتِدَاءً فَلأَن يَبقَى أَولى.

الشرح:

(وَإِذَا وَقَعَتْ الفُرْقَةُ وَالمَرْأَةُ حَرْبِيَّةٌ فَلا عِدَّةَ عليهَا) بالإجْمَاعِ؛ لأنَّ حُكْمَ الشَّرْعِ لا يَثْبُتُ فِي حَقِّهَا. وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَتْ هِيَ المُسْلِمَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلأَنْ يَبْقَى أَوْلى)؛ لأَنَّ البَقَاءَ أَسْهَلُ مِنْ الابْتِدَاءِ فَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يُتَحَمَّلُ فِي النِّكَاحِ حَالَةَ البَقَاءِ وَإِنْ لَمْ يُتَحَمَّلْ فِي الابْتِدَاءِ، أَلا تَرَى أَنَّ المَنْكُوحَةَ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعْتَدُّ لهُ وَتَبْقَى مَنْكُوحَةً؟ وَلا يَجُوزُ نِكَاحُ المُعْتَدَّةِ مِنْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ ابْتِدَاءً.

قَال (وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوجَينِ إلينَا مِن دَارِ الحَربِ مُسلمًا وَقعَت البَينُونَةُ بَينَهُمَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ لا تَقَعُ (وَلو سُبِيَ أَحَدُ الزَّوجَينِ وَقعَت البَينُونَةُ بَينَهُمَا، وَإِن سُبِيَا مَعًا لم تَقَع) وَقَال الشَّافِعِيُّ: وَقعَت، فَالحَاصِلُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ التَّبَايُنُ دُونَ السَّبيِ عِندَنَا وَهُوَ يَقُولُ بِعَكسِهِ. لهُ أَنَّ للتَّبَايُنِ أَثَرُهُ فِي انقِطَاعِ الوِلايَةِ، وَذَلكَ لا يُؤَثِّرُ فِي الفُرقَةِ كَالحَربِيِّ المُستَأمَنِ وَالمُسلمِ المُستَأمَنِ، أَمَّا السَّبيُ فَيَقتَضِي الصَّفَاءَ للسَّابِي وَلا يَتَحَقَّقُ إلا بِانقِطَاعِ النِّكَاحِ، وَلهَذَا يَسقُطُ الدَّينُ عَن ذِمَّةِ المَسبِيِّ. وَلنَا أَنَّ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكمًا لا تَنتَظِمُ المَصَالِحُ فَشَابَهُ المَحرَمِيَّةَ

الشرح:

قَال: (وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِليْنَا)، صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ، وَالحَاصِلُ كَذَلكَ. وَتَقْرِيرُ دَليله أَنَّ التَّبَايُنَ أَثَرُهُ فِي انْقِطَاعِ الوِلايَة، وَانْقِطَاعُ الوِلايَة لا يُؤَثِّرُ فِي الفُرْقَة، كَالحَرْبِيِّ إذَا دَخَل دَارَنَا بِأَمَان فَإِنَّ وِلايَتَهُ قَدْ سَقَطَتْ إِذْ المُرَادُ بِانْقِطَاعِ وِلايَة سُقُوط مَالكِيَّته عَنْ نَفْسه وَمَاله وَكَالمُسْلمِ إذَا دَخَل دَارَ الحَرْبِ بِأَمَان فَإِنَّ وِلايَتَهُ انْقَطَعَتْ لَمْ تُؤَثِّرْ فِي الفُرْقَة، وَهَذَا لإِبْطَال دَليل الخَصْمِ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا السَّبْيُ فَيَقْتَضِي الصَّفَاءَ للسَّابِي وَلا يَتَحَقَّقُ) الصَّفَاءُ لهُ (إلا بِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ، وَلهَذَا) أَيْ: وَلأَنَّ السَّبْيَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ يَسْقُطُ الدَّيْنُ عَنْ ذِمَّة المَسْبِيِّ) لإِثْبَات المَذْهَبِ، (وَلنَا أَنَّ المَصَالحَ لا تَنْتَظِمُ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا،) وَتَقْرِيرُهُ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا يُنَافِي انْتِظَامَ المَصَالحِ. وَمَا يُنَافِي انْتِظَامَ المَصَالحِ يَقْطَعُ النِّكَاحَ كَالمَحْرَمِيَّة، فَتَبَايُنُ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ النِّكَاحَ، وَالمُرَادُ بِالتَّبَايُنِ حَقِيقَةً تَبَاعُدُهُمَا شَخْصًا، وَبِالحُكْمِ أَنْ لا

يَكُونَ فِي الدَّارِ الَّتِي دَخَلَهَا عَلَى سَبِيلِ الرُّجُوعِ بَلْ يَكُونُ عَلَى سَبِيلِ القَرَارِ وَالسُّكْنَى، وَهَذَا لِإِثْبَاتِ المَذْهَبِ.

(وَالسَّبيُ يُوجِبُ مِلكَ الرَّقَبَةِ) وَهُوَ لا يُنَافِي النِّكَاحَ ابتِدَاءً فَكَذَلكَ بَقَاءً وَصَارَ كَالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَقتَضِي الصَّفَاءَ فِي مَحَل عَمَلِهِ وَهُوَ المَالُ لا فِي مَحَل النِّكَاحِ. وَفِي المُستَأمَنِ لم تَتَبَايَن الدَّارُ حُكمًا لقَصدِهِ الرُّجُوعَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالسَّبْيُ يُوجِبُ مِلكَ الرَّقَبَةِ) لِرَدِّ دَلِيلِ الخَصْمِ. وَتَقْرِيرُهُ: السَّبْيُ يُوجِبُ مِلكَ الرَّقَبَةِ وَمِلكُ الرَّقَبَةِ لا يُنَافِي النِّكَاحَ ابْتِدَاءً، وَلِهَذَا لَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ فَكَذَا بَقَاءً؛ وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ المَسْبِيَّةُ مَنْكُوحَةً لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لا يَبْطُلُ النِّكَاحُ مَعَ تَقَرُّرِ السَّبْيِ. وَالمُنَافِي إِذَا تَقَرَّرَ فَالمُحْتَرَمُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ كَمَا إِذَا تَقَرَّرَ بِالمَحْرَمِيَّةِ وَالرَّضَاعِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ) أَيْ: صَارَ السَّبْيُ (كَالشِّرَاءِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّ النِّكَاحَ لا يَفْسُدُ بِالشِّرَاءِ فَكَذَلِكَ بِالسَّبْيِ لِعَدَمِ المُنَافَاةِ.

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ هُوَ) أَيْ: السَّبْيُ (يَقْتَضِي الصَّفَاءَ) أَيْ: سَلَّمْنَا أَنَّ السَّبْيَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ، لَكِنْ فِي مَحَلِ عَمَلِهِ وَهُوَ المَالُ حَتَّى يَثْبُتَ المِلكُ فِي رَقَبَةِ المَسْبِيِّ لِلسَّابِي عَلَى الخُلُوصِ لا فِي مَحَلِ النِّكَاحِ وَهُوَ مَنَافِعُ البُضْعِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مَحَلَ عَمَلِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ الإِنْسَانِيَّةِ لا المَالِيَّةِ. وَقَدْ انْدَرَجَ فِي هَذَا الكَلامِ الجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ: وَلِهَذَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ عَنْ ذِمَّةِ المَسْبِيِّ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ مِنْ مَحَلِ عَمَلِهِ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الرَّقَبَةُ.

وَقَوْلُهُ: وَفِي المُسْتَأْمَنِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: كَالحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ أَوْ المُسْلِمِ المُسْتَأْمَنِ، وَكَانَ قَدْ احْتَرَزَ بِقَوْلِهِ: وَحُكْمًا عَنْ ذَلِكَ، فَإِنَّ التَّبَايُنَ وَإِنْ وُجِدَ فِي المُسْتَأْمَنِ حَقِيقَةً لَكِنَّهُ لَمْ يُوجَدْ حُكْمًا لِقَصْدِهِ الرُّجُوعَ.

(وَإِذَا خَرَجَت المَرأَةُ إلينَا مُهَاجِرَةً جَازَ لَهَا أَن تَتَزَوَّجَ وَلا عِدَّةَ عَلَيهَا) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: عَلَيهَا العِدَّةُ؛ لأَنَّ الفُرقَةَ وَقَعَت بَعدَ الدُّخُولِ فِي دَارِ الإِسلامِ فَيَلزَمُهَا حُكمُ الإِسلامِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَثَرُ النِّكَاحِ المُتَقَدِّمِ وَجَبَت إِظهَارًا لِخَطَرِهِ، وَلا خَطَرَ لِمِلكِ الحَربِيِّ، وَلِهَذَا لا تَجِبُ عَلَى المَسبِيَّةِ وَإِن كَانَت حَامِلا لَم تَتَزَوَّج حَتَّى تَضَعَ حَملَهَا) وَعَن

أبِي حَنِيفَةَ أنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ ولا يَقربُهَا زَوجُهَا حَتَّى تَضَعَ حَملهَا كَمَا فِي الحُبلى مِن الزِّنَا. وَجهُ الأوَّل أنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ فَإِذَا ظَهَرَ الفِرَاشُ فِي حَقِّ النَّسَبِ يَظهَرُ فِي حَقِّ المَنعِ مِن النِّكَاحِ احتِيَاطًا.

الشرح:

(وَإِذَا خَرَجَتْ المَرْأَةُ إلَيْنا مُهَاجِرَةً) أَيْ: تَرَكَتْ أَرْضَ الحَرْبِ إلى أَرْضِ الإِسْلامِ وَخَرَجَتْ مُسْلمَةً أَوْ ذِمِّيَّةً عَلى قَصْد أَنْ لا تَرْجِعَ إلى مَا هَاجَرَتْ عَنْهُ أَبَدًا (جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ وَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: عَلَيْهَا العِدَّةُ؛ لأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ أَنْ دَخَلَتْ فِي دَارِ الإِسْلامِ)، وَكُلُّ فُرْقَة كَانَتْ كَذَلكَ يَلزَمُهَا حُكْمُ الإِسْلامِ كَالمُسْلمَةِ وَالذِّمِّيَّةِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العِدَّةَ لإِظْهَارِ خطَرِ ملك النِّكَاحِ، (وَلا خَطَرَ لِملكِ الحَرْبِيِّ وَلَهَذَا لا تَجبُ عَلى المَسْبِيَّة) بالاتِّفَاق.

فَإِنْ قِيل: لوْ لَمْ يَكُنْ لِملكه خَطَرٌ لَمَا وَجَبَتْ إِذَا خَرَجَتْ حَاملا؟. أُجيبَ بِأَنَّهَا لا تَجبُ عَلَيْهَا العِدَّةُ وَلكِنَّهَا لا تَتَزَوَّجُ؛ لأَنَّ فِي بَطْنِهَا وَلدًا ثَابتَ النَّسَب. فَإِنْ قِيل: الهجْرَةُ أَوْرَثَتْ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ وَهُوَ لا يَرْبو عَلى المَوْت وَلوْ مَاتَ وَجَبَتْ العِدَّةُ فَلتَجبْ مَعَهَا أَيْضًا. أُجيبَ بِأَنَّ المَوْتَ لا يُوجبُ سُقُوطَ الحُرُمَات حُكْمًا فَلزِمَتْهَا العِدَّةُ بِحُكْمِ المِلك، وَأَمَّا تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ فَيُسْقِطُهَا حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَيَزُولُ ملكُهُ لا إلى أَثَر.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّبَايُنَ يَرْبو عَلى المَوْت، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَمْنَعُ التَّوَارُثَ وَالمَوْتُ يُوجبُهُ؟ وَلوْ خَرَجَتْ حَاملا لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلهَا، رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّ حَمْلهَا ثَابتُ النَّسَب منَ الغَيْر، فَإِذَا ظَهَرَ الفرَاشُ فِي حَقِّ النَّسَب يَظْهَرُ فِي حَقِّ المَنْعِ أَيْضًا احْتِيَاطًا كَأُمِّ الوَلد إذَا حَبلتْ منْ مَوْلاهَا لا يُزَوِّجُهَا حَتَّى تَضَعَ، (و) رَوَى أَبُو يُوسُفَ وَالحَسَنُ بْنُ زِيَاد (عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَلا يَقْرَبُهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلهَا)؛ لأَنَّهُ لا حُرْمَةَ للحَرْبِيِّ فَجُزْؤُهُ أَوْلى.

(كَمَا فِي الحُبْلى منَ الزِّنَا)، فَإِنَّهُ لا حُرْمَةَ لِمَاءِ الزَّانِي. قِيل وَالأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لأَنَّهُ حَمْلٌ ثَابتُ النَّسَب، بخِلاف الحَمْل منْ الزِّنَا. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الحَمْل منْ الغَيْرِ يَمْنَعُ الوَطْءَ مُطْلقًا وَثَابتُ النَّسَب مُحْتَرَمٌ فَيَمْنَعُ النِّكَاحَ أَيْضًا دُونَ غَيْره.

قَال (وَإِذَا ارتَدَّ أحَدُ الزَّوجَينِ عَن الإسلامِ وَقَعَت الفُرقَةُ بِغَيرِ طَلاقٍ) وَهَذَا عِندَ أبِي

حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: إن كَانَت الرِّدَّةُ مِن الزَّوجِ فَهِيَ فُرقَةٌ بطَلاقٍ، هُوَ يَعتَبِرُهُ بِالإِبَاءِ وَالجَامِعُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَرَّ عَلى مَا أَصَّلنَا لهُ فِي الإِبَاءِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ فَرَّقَ بَينَهُمَا. وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ الرِّدَّةَ مُنَافِيَةٌ للنِّكَاحِ لكَونِهَا مُنَافِيَةً للعِصمَةِ وَالطَّلاقُ رَافِعٌ فَتَعَذَّرَ أَن تُجعَل طَلاقًا، بِخِلافِ الإِبَاءِ؛ لأَنَّهُ يَفُوتُ الإِمسَاكُ بِالمَعرُوفِ فَيَجِبُ التَّسرِيحُ بِالإِحسَانِ عَلى مَا مَرَّ، وَلِهَذَا تَتَوَقَّفُ الفُرقَةُ بِالإِبَاءِ عَلى القَضَاءِ وَلا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ.

(ثُمَّ إن كَانَ الزَّوجُ هُوَ المُرتَدُّ فَلهَا كُلُّ المَهرِ إن دَخَل بِهَا وَنِصفُ المَهرِ إن لم يَدخُل بِهَا، وَإِن كَانَت هِيَ المُرتَدَّةُ فَلهَا كُلُّ المَهرِ إن دَخَل بِهَا، وَإِن لم يَدخُل بِهَا فَلا مَهرَ لهَا وَلا نَفَقَةَ)؛ لأَنَّ الفُرقَةَ مِن قِبَلِهَا.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنْ الإِسْلامِ) وَالعِيَاذُ بِاللهِ (وَقَعَتْ الفُرْقَةُ) بَيْنَهُمَا سَوَاءٌ كَانَ دَخَل بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُل. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِنْ لَمْ يَدْخُل بِهَا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ دَخَل بِهَا فَحَتَّى تَنْقَضِيَ ثَلاثُ حِيَضٍ بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرْنَا لهُ مِنْ تَأَكُّدِ النِّكَاحِ وَعَدَمِ تَأَكُّدِهِ، وَكَانَتْ الفُرْقَةُ (بِغَيْرِ طَلاقٍ) حَتَّى لا يُنْتَقَصَ عَدَدُ الطَّلاقِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ).

وَقَال مُحَمَّدٌ: إنْ كَانَتْ الرِّدَّةُ مِنْ الزَّوْجِ فَهِيَ فُرْقَةٌ بِطَلاقٍ) وَإِنْ كَانَتْ مِنْ المَرْأَةِ فَهِيَ بِغَيْرِ طَلاقٍ (هُوَ يَعْتَبِرُهَا بِالإِبَاءِ وَالجَامِعُ مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ: امْتَنَعَ عَنْ الإِمْسَاكِ بِالمَعْرُوفِ (وَأَبُو يُوسُفَ مَرَّ عَلى مَا أَصَّلنَا لهُ فِي الإِبَاءِ) وَهُوَ أَنَّ الفُرْقَةَ بِسَبَبٍ يَشْتَرِكُ فِيهِ الزَّوْجَانِ وَالطَّلاقُ مِمَّا يَخْتَصُّ بِالزَّوْجِ، (وَأَبُو حَنِيفَةَ فَرَّقَ) بَيْنَ الإِبَاءِ وَالارْتِدَادِ فَجَعَل الفُرْقَةَ بِإِبَاءِ الزَّوْجِ طَلاقًا دُونَ الرِّدَّةِ، (وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الرِّدَّةَ مُنَافِيَةٌ للنِّكَاحِ لِكَوْنِهَا مُنَافِيَةً للعِصْمَةِ)؛ لأَنَّهَا تُبِيحُ النَّفْسَ وَالمَال وَتُبْطِلُ المِلكَ وَالنِّكَاحَ.

(وَالطَّلاقُ) لَيْسَ بِمُنَافٍ للنِّكَاحِ؛ لأَنَّهُ (رَافِعٌ) لهُ بَعْدَ تَحَقُّقِهِ مُسَبَّبًا عَنْهُ، وَالمُسَبَّبُ عَنْ الشَّيْءِ الرَّافِعِ لهُ لا يُنَافِيهِ فَلا تَكُونُ الرِّدَّةُ طَلاقًا (بِخِلافِ الإِبَاءِ؛ لأَنَّهُ يَفُوتُ الإِمْسَاكُ بِالمَعْرُوفِ) وَلَيْسَ بِمُنَافٍ للنِّكَاحِ (فَيَجِبُ التَّسْرِيحُ بِالإِحْسَانِ عَلى مَا مَرَّ) وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الرِّدَّةَ لا تُنَافِي مِلكَ العَيْنِ بَل يَصِيرُ مَوْقُوفًا فَمَا بَالُ مِلكِ النِّكَاحِ لا يَكُونُ كَذَلِكَ. وَالثَّانِي أَنَّ الرِّدَّةَ لوْ كَانَتْ مُنَافِيَةً لمَا وَقَعَ طَلاقُ المُرْتَدِّ عَلى

امْرَأَتِه بَعْدَ الرِّدَّة كَمَا فِي المَحْرَمِيَّة لكِنَّهُ يَقَعُ بالاتِّفَاق.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ مَا يَرْجِعُ إلى المَحَل فَالابْتِدَاءُ وَالبَقَاءُ فِيه سَوَاءٌ، وَالرِّدَّةُ تُنَافِي النِّكَاحَ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً، وَتَوَقُّفَ تَحْصِيلُ ملك العَيْنِ بالشِّرَاء ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً. وَعَنْ الثَّاني أَنَّ وُقُوعَ الطَّلاق تَابعٌ لإمْكَان ظُهُور أَثَره، وَحَيْثُ كَانَتْ المَحَلِّيَّةُ مُتَصَوَّرَةَ العَوْد بالتَّوْبَة أَمْكَنَ ظُهُورُ أَثَرِه وَكَانَ مُعْتَبَرًا، بخلاف المَحْرَمِيَّة فَإِنَّ المَحَلِّيَّةَ غَيْرُ مُتَصَوَّرَة أَبدًا فَلا يُمْكِنُ ظُهُورُ أَثَرِه. وَعَنْ هَذَا قَالُوا: **إذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَلحقَ بدَار الحَرْب** لَمْ يَقَعْ عَلَى المَرْأَة طَلاقٌ؛ لأَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ مُنَافٍ للنِّكَاحِ فَكَانَ مُنَافيًا للطَّلاقِ الذي هُوَ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ.

فَإِنْ عَادَ إلى دَارِ الإسْلامِ وَهِيَ فِي العِدَّة وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلاقُ؛ لأَنَّ المُنَافيَ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ قَدْ ارْتَفَعَ، وَمَحَلِّيَّةُ الطَّلاق بالعِدَّة وَهِيَ قَائمَةٌ فَيَقَعُ. **وَإذَا ارْتَدَّتْ المَرْأَةُ وَلحقَتْ بدَارِ الحَرْبِ** لَمْ يَقَعْ طَلاقُ الزَّوْجِ عَلَيْهَا عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّ العدَّةَ قَدْ سَقَطَتْ عَنْهَا عنْدَهُ لفَوَاتِ المَحَلِّيَّة، لأَنَّ مَنْ كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ فَهُوَ كَالمَيِّتِ فِي حَقِّنَا، وَبَقَاءُ الشَّيْءِ فِي غَيْرِ مَحَله مُسْتَحِيلٌ وَالعِدَّةُ مَتَى سَقَطَتْ لا تَعُودُ إلا بعَوْد سَبَبهَا، بخلاف الفَصْل الأَوَّل؛ لأَنَّ العدَّةَ هُنَاكَ بَاقيَةٌ ببَقَاء مَحلهَا؛ لأَنَّهَا فِي دَارِ الإسْلام، إلا أَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ كَانَ مَانعًا منْ وُقُوعِ الطَّلاق، فَإذَا ارْتَفَعَ المَانعُ وَالعدَّةُ بَاقيَةٌ وَقَعَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَقَعُ الطَّلاقُ؛ لأَنَّ العدَّةَ بَاقيَةٌ عنْدَهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَلهَذَا تَتَوَقَّفُ الفُرْقَةُ) تَوْضيحٌ لكَوْن الرِّدَّة مُنَافيَةً للطَّلاق دُونَ الإبَاء. وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ إنْ كَانَ الزَّوْجُ) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلا نَفَقَةَ) مُتَعَلقٌ بقَوْله: وَإنْ كَانَتْ هِيَ المُرْتَدَّةَ فَلهَا كُلُّ مَهْرهَا إنْ دَخَل بهَا لا إلى مَا يَليه؛ لأَنَّ **المُسْلمَةَ إذَا كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بهَا وَوَقَعَتْ الفُرْقَةُ** لا تَجبُ النَّفَقَةُ عَلى زَوْجهَا فَحينَئذ لا يَرْتَابُ أَحَدٌ فِي عَدَمِ وُجُوب النَّفَقَة فِي المُرْتَدَّة إذَا كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بهَا. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ الفُرْقَةَ منْ قبَلهَا) يَعْني فَكَانَتْ كَالنَّاشزَة وَلا نَفَقَةَ لهَا.

قَال (وَإذَا ارتَدَّا مَعًا ثُمَّ أَسلمَا مَعًا فَهُمَا عَلى نِكَاحِهِمَا) استِحسَانًا. وَقَال زُفَرٌ: يَبطُلُ؛ لأَنَّ رِدَّةَ أَحَدِهِمَا مُنَافِيَةٌ، وَفِي رِدَّتِهِمَا رِدَّةُ أَحَدِهِمَا. وَلنَا مَا رُوِيَ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ ارتَدُّوا ثُمَّ أَسلمُوا، وَلم يَأمُرهُم الصَّحَابَةُ رِضوَانُ اللهِ عَليهِم أَجمَعِينَ بِتَجدِيدِ الأَنكِحَةِ، وَالارتِدَادُ

مِنهُم وَاقِعٌ مَعًا لجَهَالةِ التَّارِيخِ. وَلو أَسلمَ أَحَدُهُمَا بَعدَ الارتِدَادِ مَعًا فَسَدَ النِّكَاحُ بَينَهُمَا لإِصرَارِ الآخَرِ عَلى الرِّدَّةِ؛ لأَنَّهُ مُنَافٍ كَابتِدَائِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ ارْتَدَّا مَعًا) وَاضِحٌ. وَوَجْهُهُ مَا رُوِيَ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ وَهْم حَيٌّ مِنْ العَرَبِ ارْتَدُّوا بِمَنْعِ الزَّكَاةِ وَبَعَثَ إِلَيْهِمْ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ الجُيُوشَ فَأَسْلَمُوا وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِتَجْدِيدِ الأَنْكِحَةِ، وَالصَّحَابَةُ مُتَوَافِرَةٌ فَحلَّ ذَلِكَ مَحَل الإِجْمَاعِ يُتْرَكُ بِهِ القِيَاسُ. فَإِنْ قِيلَ: الارْتِدَادُ لَمْ يَقَعْ مِنْهُمْ دَفْعَةً. أَجَابَ بِقَوْلِه: (وَالارْتِدَادُ وَاقِعٌ مِنْهُمْ مَعًا حُكْمًا لِجَهَالَةِ التَّارِيخِ)، فَإِنَّ التَّارِيخَ إِذَا جُهِلَ لَمْ يُحْكَمْ بِتَقَدُّمِ شَيْءٍ عَلَى شَيْءٍ، وَإِنَّمَا يُجْعَلُ فِي الحُكْمِ كَأَنَّهُ وُجِدَ جُمْلَةً وَاحِدَةً.

(وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الارْتِدَادِ) أَيْ: بَعْدَ ارْتِدَادِهِمَا (فَسَدَ النِّكَاحُ لِإِصْرَارِ الآخَرِ عَلَى الرِّدَّةِ؛ لأَنَّهُ مُنَافٍ كَابْتِدَائِهَا) عَلَى مَا تَقَدَّمَ؛ ثُمَّ إِنْ **كَانَتْ المَرْأَةُ هِيَ الَّتِي أَسْلَمَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ** بِهَا فَلَهَا نِصْفُ المَهْرِ عِنْدَنَا، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَلا شَيْءَ لَهَا؛ لأَنَّ الفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ جَانِبِهَا بِالإِصْرَارِ عَلَى الرِّدَّةِ فَإِنَّ الإِصْرَارَ بَعْدَ إِسْلامِ الآخَرِ كَإِنْشَاءِ الرِّدَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ القَسمِ

وَإِذَا كَانَ للرَّجل امرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيهِ أَن يَعدِل بَينَهُمَا فِي القَسمِ بِكرَينِ كَانَتَا أَو ثَيِّبَينِ أَو إِحدَاهُمَا بِكرًا وَالأُخرَى ثَيِّبًا) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن كَانَت لَهُ امرَأَتَانِ وَمَالَ إِلى إِحدَاهُمَا فِي القَسمِ جَاءَ يَومَ القِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ»[(١)] وَعَن عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنهَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ يَعدِلُ فِي القَسمِ بَينَ نِسَائِهِ. وَكَانَ يَقُولُ: اللهُمَّ هَذَا قَسمِي فِيمَا أَملكُ فَلا تُؤَاخِذنِي فِيمَا لا أَملك»[(٢)] يَعنِي زِيَادَةَ المَحَبَّةِ وَلا فَصل فِيمَا رَوَينَا. وَالقَدِيمَةُ وَالجَدِيدَةُ سَوَاءٌ لإِطلاقِ مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ القَسمَ مِن حُقُوقِ النِّكَاحِ وَلا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٣)، والترمذي (١١٤١)، والنسائي في الكبرى (٨٨٩٠)، وابن ماجه (١٩٦٩)، وأحمد (٢/٢٩٥، ٣٤٥، ٤٧١) عن أبي هريرة.

وأخرجه أبو نعيم في تاريخ أصبهان عن أنس ﷺ، انظر نصب الراية (٣/٢٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٣٤)، والترمذي (١١٤٠)، والنسائي في الكبرى (٨٨٩١)، وابن ماجه (١٩٧١)، وأحمد (٦/١٤٤) عن عائشة، وانظر نصب الراية (٣/٢٨٢).

تَفَاوُتَ بَينَهُنَّ فِي ذَلكَ، وَالاختِيَارُ فِي مِقدَارِ الدَّوْرِ إلى الزَّوجِ؛ لأنَّ المُستَحَقَّ هُوَ التَّسوِيَةُ دُونَ طَرِيقِهِ.

الشرح:

(بَابُ القَسمِ): **كَانَ للرَّجُل امْرَأَتَان حُرَّتَان** لَمَّا ذَكَرَ جَوَازَ عَدَدٍ مِنْ النِّسَاءِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ بَيَانِ العَدْل الوَارِدِ مِنْ الشَّارِعِ فِي حَقِّهِنَّ فِي بَابٍ عَلى حِدَة، لكِنَّ اعْتِرَاضَ مَا هُوَ أَهَمُّ بالذِّكْرِ مِنْ بَيَانِ جَوَازِ النِّكَاحِ وَعَدَمِه الرَّاجِعَيْنِ إلى أَمْرِ الفُرُوجِ وَغَيْرِهِمَا أَوْجَبَ تَأْخِيرَهُ. وَالقَسْمُ بِفَتْحِ القَافِ مَصْدَرٌ، قَسَمَ القَسَّامُ المَال بَيْنَ الشُّرَكَاءِ: فَرَّقَهُ بَيْنَهُمْ وَعَيَّنَ أَنْصِبَاءَهُمْ، وَمِنْهُ القَسْمُ بَيْنَ النِّسَاءِ، وَقَدْ وَقَعَ فِي أَكْثَرِ النُّسَخِ.

(وَإِذَا كَانَ للرَّجُل امْرَأَتَان) بِتَذْكِيرِ كَانَ مَعَ إسْنَاده إلى المُؤَنَّث الحَقِيقِيِّ لِوُقُوعِ الفَصْل كَمَا فِي قَوْلك حَضَرَ القَاضِي اليَوْمَ امْرَأَةٌ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلا فَصْل فِيمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي بَيْنَ البِكْرِ وَالثَّيِّبِ، (وَالقَدِيمَة وَالجَدِيدَة سَوَاءٌ لإطْلاق مَا رَوَيْنَا) مِنْ غَيْر تَفْرِقَة بَيْنَ الجَدِيدَة وَالقَدِيمَة. وَقَال الشَّافِعِيُّ: إنْ كَانَتْ الجَدِيدَةُ بِكْرًا يَفْضُلُهَا بِسَبْعِ لَيَالٍ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَبِثَلاث، ثُمَّ التَّسْوِيَةُ بَعْدَ ذَلكَ لِحَدِيث أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَال «**تُفَضَّلُ البِكْرُ بِسَبْعٍ وَالثَّيِّبُ بِثَلاث**».

وَالحَاصِلُ أَنَّ الاخْتِلافَ فِي مَوْضِعَيْنِ: فِي الفَرْق بَيْنَ البِكْرِ وَالثَّيِّبِ، وَفِي تَفْضِيل الجَدِيدَة عَلى القَدِيمَة، فَنَفَى المُصَنِّفُ الأَوَّل بِقَوْله: وَلا فَصْل فِيمَا رَوَيْنَا، وَالثَّانِي بِقَوْله: لإطْلاق مَا رَوَيْنَا، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلى التَّفْضِيل بِالبُدَاءَة دُونَ الزِّيَادَة كَمَا ذُكِرَ فِي حَدِيث أُمِّ سَلَمَةَ أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَال «**إنْ شِئْت سَبَّعْتُ لك وَسَبَّعْتُ لَهُنَّ**»[1] وَنَحْنُ نَقُولُ للزَّوْجِ أَنْ يَبْتَدِئَ بِالجَدِيدَة، وَلَكِنْ بِشَرْط أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمَا.

(وَلأَنَّ القَسْمَ مِنْ حُقُوق النِّكَاحِ) كَالنَّفَقَة، وَلا تَفَاوُتَ فِي ذَلكَ بَيْن البِكْر وَالثَّيِّبِ وَالجَدِيدَة وَالقَدِيمَة، كَمَا لا تَفَاوُتَ بَيْنَ المُسْلمَة وَالكِتَابِيَّة وَالبَالغَة وَالمُرَاهِقَة وَالمَجْنُونَة وَالعَاقِلة وَالمَرِيضَة وَالصَّحِيحَة للمُسَاوَاة بَيْنَهُنَّ فِي سَبَبِ هَذَا الحَقِّ وَهُوَ الحِلُّ الثَّابِتُ بِالنِّكَاحِ، وَكَذَلكَ فِي **طَرَف الرَّجُل المَجْبُوب وَالخَصِيِّ وَالعِنِّين وَالغُلام الذِي لَمْ يَحْتَلِمْ إذَا دَخَل بِامْرَأَتِه** يَجِبُ عَلَيْهِمْ القَسْمُ. وَقَوْلُهُ: (وَالاخْتِيَارُ فِي مِقْدَارِ الدَّوْرِ

---

(١) أخرجه مسلم (٤١، ٤٢)، وانظر نصب الراية (٣/٢٨٣).

للزَّوْجِ) ظَاهِرٌ.

وَالتَّسوِيَةُ المستحَقَّةُ فِي البَيتُوتَةِ لا فِي المُجَامَعَةِ؛ لأنَّهَا تُبتَنَى عَلَى النَّشَاطِ.

وَإِن كَانَت إحدَاهُمَا حُرَّةً وَالأُخرَى أَمَةً فَللحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِن القَسمِ وَللأَمَةِ الثُّلُثُ) بِذَلكَ وَرَدَ الأثَرُ، وَلأنَّ حِل الأمَةِ أَنقَصُ مِن حِل الحُرَّةِ فَلا بُدَّ مِن إظهَارِ النُّقصَانِ فِي الحُقُوقِ. وَالمُكَاتَبَةُ وَالمُدبَّرَةُ وَأمُّ الوَلدِ بِمَنزِلةِ الأمَةِ؛ لأنَّ الرِّقَّ فِيهِنَّ قَائِمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (بِذَلكَ وَرَدَ الأَثَرُ) يَعْنِي مَا رُوِيَ عَنْ عَليٍّ أَنَّهُ قَال: «**للحُرَّة ثُلُثَان منْ القَسْمِ وَللأَمَة الثُّلُثُ**»، وَلَمْ يُرْوَ عَنْ أَحَدٍ خلافُهُ فَحَل مَحَل الإجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ: (وَلأَنَّ حِل الأَمَة أَنْقَصُ منْ حِل الحُرَّة) يَدُلُّ عَلَيْه أَنَّهُ لا يَحلُّ نكَاحُهَا مَعَ الحُرَّة وَلا بَعْدَهَا وَإنَّمَا يَحلُّ قَبْلهَا وَمَوْضعُهُ أُصُولُ الفقْه، (فَلا بُدَّ منْ إظْهَارِ النُّقْصَان في الحُقُوق)؛ لأَنَّ الحُكْمَ يَثْبُتُ بقَدْرِ دَليله، (وَالمُكَاتَبَةُ وَالمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلد بمَنْزِلة الأَمَة؛ لأَنَّ الرِّقَّ فيهنَّ قَائمٌ) فَيَكُونُ لَهُنَّ الثُّلُثُ منْ القَسْمِ كَالأَمَة.

قَال (وَلا حَقَّ لهُنَّ فِي القَسمِ حَالةَ السَّفَرِ فَيُسَافِرُ الزَّوجُ بِمَن شَاءَ مِنهُنَّ، وَالأولى أَن يَقرَعَ بَينَهُنَّ فَيُسَافِرُ بِمَن خَرَجَت قُرعَتُهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: القُرعَةُ مُستَحَقَّةٌ، لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ إذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقرَعَ بَينَ نِسَائِهِ»[1] إلا أَنَّا نَقُولُ: إنَّ القُرعَةَ لتَطيِيبِ قُلُوبِهِنَّ فَيَكُونُ مِن بَابِ الاستِحبَابِ، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ للمَرأَةِ عِندَ مُسَافَرَةِ الزَّوجِ؛ أَلا يَرَى أَنَّ لهُ أَن لا يَستَصحِبَ وَاحِدَةً مِنهُنَّ فَكَذَا لهُ أَن يُسَافِرَ بِوَاحِدَةٍ مِنهُنَّ وَلا يُحتَسَبُ عَليهِ بِتِلكَ المُدَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلا حَقَّ لَهُنَّ في **القَسْمِ حَالةَ السَّفَرِ**) هَذَا الكَلامُ يَشْتَملُ عَلى ثَلاث مَسَائل: إحْدَاهَا أَنَّ القُرْعَةَ مُسْتَحَبَّةٌ عنْدَنَا وَعنْدَ الشَّافعيِّ مُسْتَحَقَّةٌ، وَالثَّانيَةُ أَنَّهُ إذَا سَافَرَ بوَاحدَةٍ منْ غَيْرِ قُرْعَةٍ ثُمَّ رَجَعَ هَل للبَاقيَات أَنْ يَحْتَسبْنَ تلكَ المُدَّةَ أَوْ لا؟ عنْدَنَا ليْس

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب ١٥، والجهاد باب ٦٤، والشهادات باب١٥، ٣٠، والمغازي باب ٣٤، وتفسير سورة ٢٤ باب ٦، والنكاح باب ٩٧، ومسلم (٣٨، ٥٦، ٨٨)، وانظر نصب الراية (٢٨٣/٣).

لهُنَّ ذَلكَ خلافًا لهُ، وَهَذه بنَاءً عَلى الأُولى؛ لأنَّ الإقْرَاعَ إذَا كَانَ مُسْتَحقًّا ولَمْ يَفْعَلهُ كَانَتْ مُدَّةُ سَفَرِه نَوْبَةً التي كَانَتْ مَعَهُ، فَيَنْبَغي أَنْ يَكُونَ عِنْدَ الأُخْرَى مِثْلُ ذَلكَ ليَتحقَّقَ العَدْلُ.

وَلكنَّنَا نَقُولُ: وُجُوبُ التَّسْوِيَة في وَقْت اسْتحْقَاق القَسْم عَلَيْه وَفي حَالة السَّفَرِ لَيْسَ بمُسْتَحقٍّ فَلا تَجبُ التَّسْوِيَةُ فَلا تَكُونُ تلكَ المُدَّةُ مَحْسُوبَةً منْ نَوْبَتها. وَالثَّالثَةُ أَنَّ بَعْضَهُنَّ إنْ رَضيَتْ بتَرْك قَسْمهَا لصَاحبَتهَا جَازَ، وَإنْ رَجَعَتْ في ذَلكَ فَكَذَلكَ وَكَلامُهُ وَاضحٌ.

(وَإن رَضيَت إحدَى الزَّوجَاتِ بتَركِ قَسمِهَا لصَاحِبَتِهَا جَازَ)؛ «لأنَّ سَودَةَ بِنتَ زَمعَةَ رَضِيَ اللهُ عَنهَا سَأَلت رَسُول اللهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَن يُرَاجِعَهَا وَتَجعَل يَومَ نَوبَتِهَا لعَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنهَا»[1] **(وَلهَا أَن تَرجِعَ فِي ذَلك)؛ لأنَّهَا أَسقَطَت حَقًّا لم يَجِب بَعدُ فَلا يَسقُطُ، وَاللهُ أَعلمُ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقًّا لَمْ يَجبْ بَعْدُ فَلا يَسْقُطُ) تَوْضيحُهُ أَنَّ الإسْقَاطَ إنَّمَا يَكُونُ في القَائمِ؛ لأنَّ مَا لَيْسَ كَذَلكَ كَانَ الرُّجُوعُ عَنْهُ امْتنَاعًا لا إسْقَاطًا فَكَانَ بمَنْزلَة العَاريَّة، وَللمُعيرِ أَنْ يَرْجعَ مَتَى شَاءَ لمَا قُلنَا فَكَذَا هَذَا، وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٤٧) كلاهما عن عائشة بمعناه.

كتاب الرضاع

قال (قَليلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ إذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ تَعَلَقَ بِهِ التَّحرِيمُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَثبُتُ التَّحرِيمُ إلا بِخَمسِ رَضَعَاتٍ، لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلا المَصَّتَانِ وَلا الإملاجَةُ وَلا الإملاجَتَانِ»[1]. وَلنَا قَوله تَعَالى: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ الآيَةَ وَقَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «يَحرُمُ مِن الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِن النَّسَبِ»[2] مِن غَيرِ فَصلٍ، وَلأنَّ الحُرمَةَ وَإِن كَانَت لشُبهَةِ البَعضِيَّةِ الثَّابِتَةِ بِنُشُوءِ العَظمِ وَإِنبَاتِ اللحمِ لكِنَّهُ أَمرٌ مُبطَنٌ فَتَعَلَقَ الحُكمُ بِفِعل الإِرضَاعِ، وَمَا رَوَاهُ مَردُودٌ بِالكِتَابِ أَو مَنسُوخٌ بِهِ، وَيَنبَغِي أَن يَكُونَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ لَمَا نُبَيِّنُ.

الشرح:

(**كِتَابُ الرَّضَاعِ**): لَمْ يَذْكُرْ عَامَّةَ مَسَائِل الرَّضَاعِ فِي فَصْل المُحَرَّمَاتِ وَأَتَى بِكِتَابٍ لَهُ عَلَى حِدَةٍ لَمَا أَنَّ لَهُ أَحْكَامًا جَمَّةً مَخْصُوصَةً بِهِ لا يُشَارِكُهُ فِيهَا غَيْرُهُ. وَسَبَبُ الحُرْمَةِ بِالرَّضَاعِ الجُزْئِيَّةُ بِنُشُورِ العَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللحْمِ كَالجُزئِيَّةِ بِالإِعْلاقِ فِي حُرْمَةِ المُصَاهَرَةِ، وَكَمَا أَنَّ الإِعْلاقَ أَمْرٌ خَفِيٌّ وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ أُقِيمَ مَقَامَهُ وَهُوَ الوَطْءُ، كَذَلِكَ نُشُورُ العَظْمِ وَإِنْبَاتُ اللحْمِ أَمْرٌ خَفِيٌّ وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ الإِرْضَاعُ فَأُقِيمَ مَقَامَهُ.

وَالرَّضَاعُ بِفَتْحِ الرَّاءِ وَهُوَ الأَصْلُ وَبِكَسْرِهَا وَهُوَ لُغَةً فِيهِ مَصُّ اللبَنِ مِنْ الثَّدْيِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ مَصِّ شَخْصٍ مَخْصُوصٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ صَبِيًّا رَضِيعًا مِنْ ثَدْيٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ ثَدْيُ الآدَمِيَّةِ فِي وَقْتٍ مَخْصُوصٍ عَلَى مَا نَذْكُرُ بَعْدُ (**وَقَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ** تَعَلقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) عِنْدَنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَثْبُتُ الرَّضَاعُ إلا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ يَكْتَفِي الصَّبِيُّ بِكُلِ وَاحِدَةٍ مِنْهَا. لِقَوْلِهِ: عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلا المَصَّتَانِ وَلا الإِمْلاجَةُ وَلا الإِمْلاجَتَانِ**» وَالمَصَّةُ فِعْلُ الرَّضِيعِ وَالإِمْلاجَةُ فِعْلُ المُرْضِعِ وَهُوَ الإِرْضَاعُ.

---

(١) أخرجه مسلم مفرقا في حديثين فروى صدره من حديث عائشة (١٧) ومن حديث أم الفضل (٢٠)، وروى باقيه من حديث أم الفضل (١٨). ورواه حديثا واحدا ابن حبان (٤٢٢٦) عن الزبير بن العوام.

(٢) سبق تخريجه أول كتاب النكاح.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلال به أَنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ القَلِيل مِنْهُ غَيْرُ مُحرَّمٍ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُنْحَصِرًا فِي خَمْسٍ مُشْبِعَاتٍ فَلَيْسَ لَهُ دَلالَةٌ عَلى ذَلِكَ لكِنْ لَمَّا انْتَفَى بِهِ مَذْهَبُ خَصْمِه ثَبَتَ مَذْهَبُهُ لعَدَمِ القَائِلِ بالفَصْلِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ مِنْ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ مَنْ يَقُولُ بثَلاثِ رَضَعَاتٍ مُشْبِعَاتٍ، وَلَوْ تَمسَّكَ بحَدِيثِ عَائِشَةَ «كَانَ فِيمَا أُنْزِل عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ فَنُسِخْنَ بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحرِّمْنَ، وَكَانَ ذَلكَ مِمَّا يُتْلى بَعْدَ رَسُول الله ﷺ» كَانَ أَدَل عَلى المَطْلُوبِ.

لكِنَّ قَوْلَهَا مِمَّا يُتْلى بَعْدَ رَسُول الله ﷺ يُضعِّفُهُ؛ لأَنَّهُ لا نَسْخَ بَعْدَهُ، وَلَنَا قَوْله تَعَالى ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ**» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ: يَعْنِي فِي الكِتَابِ وَالسُّنَّة، وَالزِّيَادَةُ عَلى الكتَابِ بخَبَرِ الوَاحِد لا تَجُوزُ عَلى مَا مَرَّ (قَوْلُهُ: وَلأَنَّ الحُرْمَةَ وَإِنْ كَانَتْ لشُبْهَةِ البَعْضيَّة) دَليلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ جَوابَ: سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ تَقْديرُهُ: تَحْرِيمُ الرَّضَاعِ باعْتبَارِ إِنْشَارِ العَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللحْمِ وَلَيْسَ ذَلكَ فِي القَلِيل. وَتَقْرِيرُ الجَوَاب الحُرْمَةُ، وَإِنْ كَانَتْ لشُبْهَةِ البَعْضيَّة الثَّابِتَة بنُشُورِ العَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللحْمِ، لكنَّهُ أَمْرٌ مُبطَّنٌ فَتَعَلقَ الحُكْمُ بِفِعْلِ الإِرْضَاعِ.

وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَاهُ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلال الخَصْمِ بأَنَّ مَا رَوَيْتُمْ إِمَّا مَرْدُودٌ بالكِتَاب؛ لأَنَّ العَمَلَ بِهِ أَقْوَى عَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الكِتَابُ قَبْلَهُ أَوْ مَنْسُوخٌ إِنْ كَانَ بَعْدَهُ. وَالإِنْشَارُ بالرَّاءِ: الإِحْيَاءُ، وَفِي التَّنْزِيل ﴿ ثُمَّ إِذَا شَآءَ أَنشَرَهُۥ ﴾ [عبس: ٢٢] وَمِنْهُ «لا رَضَاعَ إلا مَا أَنْشَرَ العَظْمَ وَأَنْبَتَ اللحْمَ» أَيْ قَوَّاهُ وَشَدَّهُ كَأَنَّهُ أَحْيَاهُ، وَيُرْوَى بالزَّاي كَذَا فِي المُغْرِب. قَوْلُهُ: (وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي مُدَّة الرَّضَاعِ) ظَاهِرٌ.

(ثُمَّ مُدَّةُ الرَّضَاعِ ثَلاثُونَ شَهراً عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا سَنَتَانِ) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَال زُفَرُ: ثَلاثَةُ أَحوَالٍ؛ لأَنَّ الحَولَ حَسَنٌ للتَّحوُّلِ مِن حَالٍ إِلى حَالٍ، وَلا بُدَّ مِن الزِّيَادَةِ عَلى الحَولينِ لِمَا نُبَيِّنُ فَيُقَدَّرُ بِهِ. وَلَهُمَا قَوله تَعَالى ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ **[الأحقاف: ١٥] وَمُدَّةُ الحَمل أَدنَاهَا سِتَّةُ أَشهُرٍ فَبَقِيَ للفِصَالِ حَولانِ. وَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا رَضَاعَ بَعدَ حَولينِ»**[1] **وَلَهُ هَذِهِ الآيَةُ. وَوَجهُهُ أَنَّهُ تَعَالى**

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٧٤)، والبيهقي في الكبرى (٧/٧٦١) عن ابن عباس بلفظ: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»، وانظر نصب الراية (٣/٢٨٦).

ذَكَرَ شَيئَينِ وَضَرَبَ لهُمَا مُدَّةً فَكَانَت لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا بِكَمَالِهَا كَالأجَل المَضرُوبِ للدَّينَينِ، إلا أَنَّهُ قَامَ المُنقِصُ فِي أَحَدِهِمَا فَبَقِيَ فِي الثَّانِي عَلى ظَاهِرِهِ، وَلأَنَّهُ لا بُدَّ مِن تَغَيُّرِ الغِذَاءِ لِيَنقَطِعَ الإِنبَاتُ بِاللبَنِ وَذَلكَ بِزِيَادَةِ مُدَّةٍ يَتَعَوَّدُ الصَّبِيُّ فِيهَا غَيرَهُ فَقُدِّرَت بِأَدنَى مُدَّةِ الحَمل؛ لأَنَّهَا مُغَيِّرَةٌ، فَإِنَّ غِذَاءَ الجَنِينِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الرَّضِيعِ كَمَا يُغَايِرُ غِذَاءَ الفَطِيمِ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلى مُدَّةِ الاستِحقَاقِ، وَعَلَيهِ يُحمَلُ النَّصُّ المُقَيَّدُ بِحَولينِ فِي الكِتَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ الحَوْل حَسَنٌ للتَّحَوُّل مِنْ حَال إلى حَال) باعْتبَارِ حَوَلان الحَوْل المُوجب لتَغْيير الطِّبَاع، وَلا بُدَّ منْ الزِّيَادَة عَلى الحَوْلَيْنِ لَمَا تَبَيَّنَ: يَعْني فِي وَجْه قَوْل أَبِي حَنيفَةَ: فَتُقَدَّرُ، أَيْ: الزِّيَادَةُ به: أَيْ بِالحَوْل. وَلهُمَا قَوْله تَعَالى ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف: ١٥] وَوَجْهُ الاسْتدْلال مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ جَعَل **مُدَّةَ الحَمْل وَالفصَال** ثَلاثِينَ شَهْرًا، وَمُدَّةُ الحَمْل أَدْنَاهَا ستَّةُ أَشْهُر فَبَقِيَ للفصَال حَوْلان.

وَقَوْلُهُ: (عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا رَضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْن**» وَلأَبِي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ هَذه الآيَةُ) يَعْني: قَوْله تَعَالى ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾ (وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ اللهَ تَعَالى ذَكَرَ شَيْئَيْنِ) يَعْني الحَمْل وَالفصَال، (وَضَرَبَ لهُمَا مُدَّةً) وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ كَانَتْ المُدَّةُ لكُل وَاحدَة منْهُمَا بكَمَالهَا كَمَا فِي الأَجَل المَضْرُوب للدَّيْنَيْنِ مثْلُ أَنْ يَقُول: لفُلان عَليَّ أَلفُ درْهَم وَخَمْسَةُ أَقْفزَة حنْطَة إلى شَهْرَيْنِ، يَكُونُ الشَّهْرَان أَجَلا لكُل وَاحد منْ الدَّيْنَيْنِ بكَمَاله إلا أَنَّهُ قَامَ المُنْقصُ فِي أَحَدهمَا: يَعْني الحَمْل وَهُوَ حَديثُ عَائشَةَ: «**الوَلدُ لا يَبْقَى فِي بَطْنِ أُمِّه أَكْثَرَ منْ سَنَتَيْنِ وَلوْ بِفَلكَة مغْزَل**». فَإِنْ قُلت: هَذَا المُنْقصُ عَلى تَقْدير كَوْنه حَديثًا يَلزَمُ به تَغْييرُ الكتَاب وَهُوَ لا يَجُوزُ. أُجيبَ بِأَنَّ الكتَابَ مُؤَوَّلٌ.

فَإِنَّ عَامَّةَ أَهْل التَّفْسير جَعَلُوا الأَجَل المَضْرُوبَ للدَّيْنَيْنِ مُتَوَزِّعًا عَليْهمَا، فَلمْ يَكُنْ دَلالةُ الكتَاب عَلى مَا اسْتَدَل به المُصَنِّفُ قَطْعيَّةً، وَيُؤَيِّدُهُ مَا رُويَ أَنَّ رَجُلا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلدَتْ لستَّة أَشْهُرٍ، فَجيءَ بهَا إلى عُثْمَانَ فَشَاوَرَ فِي رَجْمهَا.

فَقَال ابْنُ عَبَّاسٍ: إنْ خَاصَمْتُكُمْ بكتَاب الله خَصَمْتُكُمْ، قَالُوا كَيْفَ؟ قَال: إنَّ اللهَ تَعَالى يَقُولُ ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف: ١٥]، وَقَال ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ

يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فَحَمْلُهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَفِصَالُهُ حَوْلَانِ، فَتَرَكَهَا. وَإِذَا لَمْ تَكُنْ دَلالَتُهَا عَلَى ذَلِكَ كَذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ التَّغْيِيرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُ إِثْبَاتُ مَسْأَلَة فَرْعِيَّة بِآيَة مُؤَوَّلَة وَلا بُعْدَ فيه، وَلأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَغَيُّرِ الغذَاءِ لِيَنْقَطِعَ الإِنْبَاتُ بِاللَّبَنِ وَيَحْصُلَ تَغَيُّرٌ إِبْقَاءً لِحَيَاتِه، وَذَلِكَ أَيْ: التَّغَيُّرُ بِزِيَادَة مُدَّة يَتَعَوَّدُ الصَّبِيُّ فِيهَا غَيْرَهُ؛ لأَنَّ القَطْعَ عَنْ اللبَنِ دَفْعَةً مِنْ غَيرِ أَنْ يَتَعَوَّدَ غَيْرَهُ مُهْلِكٌ، وَهَذَا هُوَ الذي وَعَدَهُ المُصَنِّفُ لِزُفَرَ لَكِنَّهُ قَدَّرَهُ بِسَنَة كَمَا فِي العِنِّينِ، وَقَدَّرْنَاهُ بِأَدْنَى مُدَّة الحَمْلِ؛ لأَنَّهَا مُغَيِّرَةٌ، فَإِنَّ غذَاءَ الجَنِينِ يُغَايِرُ غذَاءَ الرَّضِيعِ، فَإِنَّ غذَاءَ الجَنِينِ كَانَ غذَاءَ أُمِّه ثُمَّ صَارَ لَبَنًا خَالِصًا كَمَا أَنَّ غذَاءَ الرَّضِيعِ يُغَايِرُ غذَاءَ الفَطِيمِ؛ لأَنَّ غذَاءَ الرَّضِيعِ اللبَنُ، وَغذَاءَ الفَطِيمِ اللبَنُ مَرَّةً وَالطَّعَامُ أُخْرَى؛ لأَنَّهُ يُفْطَمُ تَدْرِيجًا، فَكَانَ الحَاصِلُ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَغْيِيرِ الغذَاءِ، وَتَغْيِيرُ الغذَاءِ لِسِتَّة أَشْهُرٍ فَلا بُدَّ مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ.

وَقَوْلُهُ: وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ يَعْنِي قَوْلَهُ: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا رَضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ**» مَحْمُولٌ عَلَى مُدَّة الاسْتحْقَاق، وَأَبْهَمَ المُصَنِّفُ الاسْتحْقَاقَ؛ لأَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ: المُرَادُ مِنْ: لا رَضَاعَ بَعْدَ حَوْلَيْنِ: لا يَسْتَحِقُّ الوَلَدُ الرَّضَاعَ بَعْدَ الحَوْلَيْنِ.

وَقَال بَعْضُهُمْ: نَفْيُ اسْتحْقَاق الأُجْرَة، وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ قَالُوا: إِنَّ **مُدَّةَ الرَّضَاعِ فِي حَقِّ اسْتحْقَاق الأَجْرِ** عَلَى الأَبِ مُقَدَّرَةٌ بِحَوْلَيْنِ عِنْدَ الكُل حَتَّى لا تَسْتَحِقَّ المُطَلَّقَةُ أُجْرَةَ الرَّضَاعِ بَعْدَ الحَوْلَيْنِ بِالإِجْمَاعِ، وَهَذَا لأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: "لا رَضَاعَ" لِنَفْيِ الجِنْسِ، وَعَيْنُهُ قَدْ تُوجَدُ بَعْدَ حَوْلَيْنِ، فَكَانَ عَدَمُ الوُجُوب وَعَدَمُ الجَوَازِ مُحْتَمَلَيْنِ فَلَمْ يَكُنْ حُجَّةً، وَعَلَيْه أَيْ: وَعَلَى الاسْتحْقَاق يُحْمَلُ النَّصُّ المُقَيَّدُ بِحَوْلَيْنِ فِي الكِتَاب: يَعْنِي قَوْلَه تَعَالَى ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ بِدَلِيلِ قَوْله تَعَالَى بَعْدَهُ ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ ﴾ فَإِنَّهُ ذُكِرَ بِحَرْف الفَاءِ مُعَلقًا لَهُ بِالتَّرَاضِي، وَلَوْ كَانَ الرَّضَاعُ بَعْدَهُ حَرَامًا لَمْ يُعَلقْ بِه؛ لأَنَّهُ لا أَثَرَ للرِّضَا فِي إِزَالَة المُحَرَّمِ شَرْعًا.

قَال (وَإِذَا مَضَت مُدَّةُ الرَّضَاعِ لم يَتَعَلق بِالرَّضَاعِ تَحرِيمٌ) لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا رَضَاعَ بَعدَ الفِصَالِ»[(١)] وَلأَنَّ الحُرمَةَ بِاعتِبَارِ النُّشُوءِ وَذَلكَ فِي المُدَّةِ إِذ الكَبِيرُ

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٥٢٤، ٧٥٩) عن علي. وأخرجه الطيالسي (ص٢٤٣) عن جابر، وانظر نصب الراية (٣/٢٨٨).

لا يَتَرَبَّى بِهِ، وَلا يُعتَبَرُ الفِطَامُ قَبل المُدَّةِ إلا فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إذَا استَغنَى عَنهُ. وَوَجهُهُ انقِطَاعُ النُّشُوءِ بِتَغَيُّرِ الغِذَاءِ وَهَل يُبَاحُ الإِرضَاعُ بَعدَ المُدَّةِ؟ فَقِيل لا يُبَاحُ؛ لأَنَّ إبَاحَتَهُ ضَرُورِيَّةٌ لِكَونِهِ جُزءُ الآدَمِيِّ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ) سَوَاءٌ فُطِمَ أَوْ لَمْ يُفْطَمْ، وَإِذَا فُطِمَ قَبْلَهَا لَمْ يُعْتَبَرْ الفِطَامُ إلا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، حَتَّى لَوْ **فُطِمَ صَبِيٌّ قَبْلَ الحَوْلَيْنِ أَوْ قَبْلَ ثَلاثِينَ شَهْرًا** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثُمَّ أَرْضَعَتْهُ امْرَأَةٌ بَل أَنْ تُمْضِيَ عَلَيْهِ مُدَّةَ الرَّضَاعِ تَعَلقَ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ دُونَ رِوَايَةِ الحَسَنِ إذَا اسْتَغْنَى عَنْهُ، وَمَا فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ سَوَّى بَيْنَ **الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ فِي حُرْمَةِ الرَّضَاعِ** تَشَبُّثًا بِظَوَاهِرِ النُّصُوصِ وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لأَنَّ المَذْكُورَ فِي ظَوَاهِرِ النُّصُوصِ الرَّضَاعُ وَهُوَ يَقْتَضِي رَضِيعًا لا مَحَالةَ وَالكَبِيرُ لا يُسَمَّى رَضِيعًا.

رُوِيَ أَنَّ أَبَا مُوسَى الأَشْعَرِيَّ سُئِل عَنْ رَضَاعِ الكَبِيرِ فَأَوْجَبَ الحُرْمَةَ، ثُمَّ أَتَوْا عَبْدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودٍ فَسَأَلُوهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَال: أَتَرَوْنَ هَذَا الأَشْمَطَ رَضِيعًا فِيكُمْ؟ فَلمَّا بَلغَ أَبَا مُوسَى قَال: لا تَسْأَلُونِي عَنْ شَيْءٍ مَا دَامَ هَذَا الحَبْرُ بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ. وَقَدْ اتَّفَقَتْ الصَّحَابَةُ عَلى هَذَا.

قَال (وَيَحرُمُ مِن الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِن النَّسَبِ) لِلحَدِيثِ الذِي رَوَينَا (إلا أُمَّ أُختِهِ مِن الرَّضَاعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَن يَتَزَوَّجَهَا وَلا يَجُوزُ) أَن يَتَزَوَّجَ أُمَّ أُختِهِ مِن النَّسَبِ)؛ لأَنَّهَا تَكُونُ أُمَّهُ أَو مَوطُوءَةَ أَبِيهِ، بِخِلافِ الرَّضَاعِ، وَيَجُوزُ أَن يَتَزَوَّجَ أُختَ ابنِهِ مِن الرَّضَاعِ، وَلا يَجُوزُ ذَلكَ مِن النَّسَبِ؛ لأَنَّهُ لمَّا وَطِئَ أُمَّهَا حُرِّمَت عَليهِ، وَلم يُوجَد هَذَا المَعنَى فِي الرَّضَاعِ.

الشرح:

قَال: (**وَيَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ** لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ قَوْلِهِ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: " يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ " إلا صُورَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا المُصَنِّفُ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (إلا أُمَّ أُخْتِهِ مِنْ الرَّضَاعِ) جَازَ أَنْ يَتَعَلقَ بِالأُخْتِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ أُخْتٌ مِنْ الرَّضَاعَةِ وَلهَا أُمٌّ مِنْ النَّسَبِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّ أُخْتِهِ التِي كَانَتْ أُمَّهَا مِنْ النَّسَبِ، وَجَازَ أَنْ يَتَعَلقَ بِالأُمِّ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لهُ أُخْتٌ مِنْ النَّسَبِ وَلهَا أُمٌّ مِنْ

الرَّضَاعَة فَإِنَّهُ يَجُوزُ لهُ أَنْ يَتزوَّجَ أُمَّ أُخْتِه التي كَانَتْ أُمَّهَا مِنْ الرَّضَاعَة، وَجَازَ أَنْ يَتَعَلق بهمَا جَميعًا، مثْلُ أَنْ يَجْتَمعَ الصَّبيُّ وَالصَّبِيَّةُ الأَجْنَبيَّان عَلى ثَدْيِ امْرَأَة وَاحدَة أَجْنَبيَّة وَللصَّبِيَّة أُمٌّ أُخْرَى مِنْ الرَّضَاعَة فَإِنَّهُ يَجُوزُ لذَلكَ الصَّبِيِّ أَنْ يَتزوَّجَ أُمَّ أُخْتِه التي كَانَتْ الأُمُّ مِنْ الرَّضَاعَةِ التي انْفَرَدَتْ بهَا رَضيعًا.

(وَامرَأَةُ أَبِيهِ أَو امرَأَةُ ابنِهِ مِن الرَّضَاعِ لا يَجُوزُ أَن يَتَزَوَّجَهَا كَمَا لا يَجُوزُ ذَلكَ مِن النَّسَبِ) لِمَا رَوَينَا، وَذَكَرَ الأَصلابَ فِي النَّصِّ لإِسقَاطِ اعتِبَارِ التَّبَنِّي عَلى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: لِمَا رَوَيْنَا إشَارَةٌ إلى قَوْله: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَب**» وَقَوْلُهُ: (لإِسْقَاط اعْتبَارِ التَّبَنِّي) فَإِنَّ حَليلةَ الابْنِ الْمُتَبَنَّى كَانَتْ حَرَامًا فِي الجَاهليَّة. فَإِنْ قِيل: لَم لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لإِسْقَاطِ حَليلة ابْنِ الرَّضَاعِ أَوْ لإِسْقَاطِهِمَا جَميعًا.

وَمَا وَجْهُ تَرْجيح جَانب حَليلة الابْنِ الْمُتَبَنَّى فِي الإِسْقَاط؟ أُجيبَ بِأَنَّ حُرْمَةَ حَليلة ابْنِ الرَّضَاعِ ثَابتَةٌ بالحَديث المَشْهُور وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَب**» فَحَمَلنَاهُ عَلى حَليلة الابْنِ الْمُتَبَنَّى لئَلا يَلزَمَ التَّدَافُعُ بَيْنَ مُوجِب الكتَاب وَالسُّنَّة المَشْهُورَة.

(وَلبَنُ الفَحل يَتَعَلقُ بِهِ التَّحرِيمُ، وَهُوَ أَن تُرضِعَ المَرَأَةُ صَبِيَّةً فَتَحرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوجِهَا وَعَلى آبَائِهِ وَأَبنَائِهِ وَيَصِيرُ الزَّوجُ الذِي نَزَل لهَا مِنهُ اللبَنُ أَبًا للمُرضَعَةِ) وَفِي أَحَدِ قَولي الشَّافِعِيِّ: لبَنُ الفَحل لا يُحَرِّمُ لأَنَّ الحُرمَةَ لشُبهَةِ البَعضِيَّةِ وَاللبَنُ بَعضُهَا لا بَعضُهُ. وَلنَا مَا رَوَينَا، وَالحُرمَةُ بِالنَّسَبِ مِن الجَانِبَينِ فَكَذَا بِالرَّضَاعِ.

وَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لعَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنهَا: «ليَلِج عَليكِ أَفلحُ فَإِنَّهُ عَمُّك مِن الرَّضَاعَةِ»[1] وَلأَنَّهُ سَبَبٌ لنُزُول اللبَنِ مِنهَا فَيُضَافُ إِليهِ فِي مَوضِعِ الحُرمَةِ احتِيَاطًا (وَيَجُوزُ أَن يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُختِ أَخِيهِ مِن الرَّضَاعِ)؛ لأَنَّهُ يَجُوزُ أَن يَتَزَوَّجَ بِأُختِ أَخِيهِ مِن النَّسَبِ وَذَلكَ مِثلُ الأَخِ مِن الأَبِ إِذَا كَانَت لهُ أُختٌ مِن أُمِّهِ جَازَ لأَخِيهِ مِن أَبِيهِ أَن يَتَزَوَّجَهَا.

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب ١١٧، ومسلم (٧)، وانظر نصب الراية (٣/٢٨٩).

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَبَنُ الفَحْلِ) مِنْ بَابِ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلى سَبَبِهِ؛ لأَنَّ سَبَبَ اللبَنِ إِنَّمَا هُوَ الفَحْلُ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِعَائِشَةَ «**لِيَلِجَ عَلَيْكِ أَفْلَحُ فَإِنَّهُ عَمُّكِ مِنْ الرَّضَاعَةِ**») دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلى ذَلِكَ، فَإِنَّ عَائِشَةَ ارْتَضَعَتْ مِنْ امْرَأَةِ أَبِي القُعَيْسِ وَكَانَ اسْمُ أَخِي أَبِي قُعَيْسٍ أَفْلَحَ، فَلَمَّا كَانَتْ تِلْكَ المَرْأَةُ أُمًّا لَهَا كَانَ زَوْجُهَا أَبًا لَهَا وَأَخُو الزَّوْجِ عَمًّا لَهَا لا مَحَالَةَ، وَرُوِيَ أَنَّهَا «قَالَتْ: يَا رَسُول الله إِنَّ أَفْلَحَ أَخَا أَبِي القُعَيْسِ دَخَل عَلَيَّ وَأَنَا فِي ثِيَابِ فَضْلٍ، فَقَال: **لِيَلِجَ عَلَيْكِ فَإِنَّهُ عَمُّكِ مِنْ الرَّضَاعَةِ**، فَقَالَتْ: إِنَّمَا أَرْضَعَتْنِي المَرْأَةُ لا الرَّجُلُ، فَقَال: **عَمُّكِ مِنْ الرَّضَاعَةِ**» وَذَلِكَ لا يَكُونُ إِلا بِاعْتِبَارِ لَبَنِ الفَحْلِ؛ وَلأَنَّهُ سَبَبٌ لِنُزُول اللبَنِ مِنْهَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا.

فَإِنْ قِيل: مَا قَامَ مَقَامَ الشَّيْءِ فِي إِثْبَاتِ الحُكْمِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِثْل ذَلِكَ أَوْ دُونَهُ لا مَحَالَةَ، وَهَاهُنَا لوْ **ارْتَضَعَ الصَّبِيُّ مِنْ ثُنْدُوَةِ الرَّجُلِ نَفْسِهِ** إِذَا نَزَل مِنْهُ اللبَنُ لا يَثْبُتُ حُرْمَةُ الرَّضَاعِ، فَكَيْفَ يَثْبُتُ بِارْتِضَاعِ اللبَنِ بِسَبَبِهِ وَلا تَثْبُتُ مِنْ اللبَنِ الحَاصِلِ مِنْ نَفْسِهِ أُجِيبَ بِأَنَّ افْتِرَاقَ الحُكْمِ لافْتِرَاقِ الوَصْفِ، وَذَلِكَ لأَنَّ المَعْنَى الذِي لأَجْلِهِ تَثْبُتُ الحُرْمَةُ بِسَبَبِ الرَّضَاعِ لا يُوجَدُ فِي إِرْضَاعِ الرَّجُلِ، فَإِنَّ مَا يَنْزِلُ مِنْ ثُنْدُوَةِ الرَّجُلِ لا يَتَغَذَّى بِهِ الصَّبِيُّ وَلا يَحْصُلُ بِهِ إِنْبَاتُ اللحْمِ، وَهُوَ نَظِيرُ وَطْءِ المَيِّتَةِ فِي أَنَّهُ لا يُوجِبُ حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مَوْجُودًا، وَإِنَّمَا اخْتَارُوا هَذِهِ العِبَارَةَ وَهِيَ مُلبِسَةٌ فَإِنَّهَا تُوهِمُ أَنَّ المُرَادَ بِهِ مَا يَنْزِلُ مِنْ ثُنْدُوَتِهِ لِيُعْلَمَ أَنَّ المُرَادَ مَا يَنْزِلُ مِنْ المَرْأَةِ بِسَبَبِ الوِلادَةِ أَوْ الحَمْلِ مِنْ زَوْجِهَا، حَتَّى لوْ نَزَل لَهَا اللبَنُ بِدُونِهِمَا كَمَا يَنْزِلُ لِلبِكْرِ كَانَ ذَلِكَ لَبَنَ المَرْأَةِ خَاصَّةً لا لَبَنَ الفَحْلِ وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ المَرْأَةُ تَحْتَ زَوْجِهَا.

وَلَيْسَ حِلُّ الوَطْءِ فِي الإِحْبَالِ شَرْطَ الحُرْمَةِ حَتَّى لوْ **زَنَى بِامْرَأَةٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ فَأَرْضَعَتْ بِهَذَا اللبَنِ صَبِيَّةً** كَانَ لَبَنُ الفَحْلِ لا يَحِلُّ لِلزَّانِي هَذَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَذِهِ الصَّبِيَّةِ وَلا لأَبِيهِ وَلا لابْنِهِ وَلا لأَبْنَاءِ أَوْلادِهِ لِوُجُودِ البَعْضِيَّةِ بَيْنَ هَؤُلاءِ وَبَيْنَ الزَّانِي. وَقَوْلُهُ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ) وَاضِحٌ.

(وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجتَمَعَا عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ لم يَجُز لأَحَدِهِمَا أَن يَتَزَوَّجَ بِالأُخرَى) هَذَا هُوَ الأَصلُ؛ لأَنَّ أُمَّهُمَا وَاحِدَةٌ فَهُمَا أَخٌ وَأُختٌ (وَلا يَتَزَوَّجُ المُرضَعَةَ أَحَدٌ مِن وَلَدِ التِي

أَرضَعَت)؛ لأنَّهُ أَخُوهَا وَلا وَلدُ وَلدِهَا)؛ لأنَّهُ وَلدُ أَخِيهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا) غَلَبَ الصَّبِيَّ عَلى الصَّبِيَّةِ كَمَا فِي القَمَرَيْنِ للشَّمْسِ وَالقَمَرِ عَلى ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ: أَيْ: ثَدْيِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، لأَنَّهُمَا لوْ اجْتَمَعَا عَلى ضَرْعِ بَهِيمَةٍ وَاحِدَةٍ لا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ كَمَا سَيَجِيءُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ ثُبُوتَ هَذِهِ الحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الكَرَامَةِ وَذَلِكَ يَخْتَصُّ بِلبَنِ الآدَمِيَّةِ دُونَ الأَنْعَامِ.

وَقَوْلُهُ: (**وَلا يَتَزَوَّجُ المُرْضَعَةُ أَحَدًا مِنْ وُلدِ التي أَرْضَعَتْ**) قَال فِي النِّهَايَةِ: المُرْضَعَةُ بِصِيغَةِ اسْمِ المَفْعُول وَبِالرَّفْعِ عَلى الفَاعِلِيَّةِ وَنَصَبَ أَحَدًا عَلى المَفْعُولِيَّةِ مِنْ وُلدِ التي عَلى طَرِيقِ الإِضَافَةِ وَهَذَا هُوَ الأَصْلُ مِنْ النُّسَخِ، وَفِي نُسْخَةٍ أُخْرَى: وَلا يَتَزَوَّجُ المُرْضِعَةَ أَحَدٌ مِنْ وُلدِ التي أَرْضَعَتْ بِعَكْسِ الأُولى فِي الفَاعِلِيَّةِ وَالمَفْعُولِيَّةِ، وَهَذَا أَيْضًا صَحِيحٌ وَكَانَ كِلاهُمَا بِخَطِّ شَيْخِي، وَنُسْخَتَانِ أُخْرَيَانِ لَيْسَتَا بِصَحِيحَتَيْنِ وَهُمَا بَعْدَ صِيغَةِ اسْمِ الفَاعِلِ فِي المُرْضِعَةِ كَوْنُهَا فَاعِلةً أَوْ مَفْعُولةً عَلى مَا ذَكَرْنَا، وَلكِنْ هَذَا التَّقْدِيرَ لا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مِنْ الوَلدِ الذي أَرْضَعَتْهُ مُعَرَّفًا بِاللامِ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَلا يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ المُرضَعُ أُخت زَوجِ المُرضَعَةِ؛ لأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِن الرَّضَاعَةِ وَإِذَا اختَلطَ اللبَنُ بِالمَاءِ وَاللبَنُ هُوَ الغَالبُ تَعَلقَ بِهِ التَّحرِيمُ) وَإِن غَلبَ المَاءُ لم يَتَعَلق بِهِ التَّحرِيمُ، خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ يَقُولُ: إنَّهُ مَوجُودٌ فِيهِ حَقِيقَةً، وَنَحنُ نَقُولُ المَغلُوبُ غَيرُ مَوجُودٍ حُكمًا حَتَّى لا يَظهَرَ فِي مُقَابَلةِ الغَالبِ كَمَا فِي اليَمِينِ (وَإِن اختَلطَ بِالطَّعَامِ لم يَتَعَلق بِهِ التَّحرِيمُ) وَإِن كَانَ اللبَنُ غَالبًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَقَالا: إذَا كَانَ اللبَنُ غَالبًا يَتَعَلقُ بِهِ التَّحرِيمُ قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: قَولُهُمَا فِيمَا إذَا لم تَمَسَّهُ النَّارُ، حَتَّى لو طَبَخَ بِمَا لا يَتَعَلقُ بِهِ التَّحرِيمُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا. لهُمَا أَنَّ العِبرَةَ للغَالبِ كَمَا فِي المَاءِ إذَا لم يُغَيِّرهُ شَيءٌ عَن حَالهِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الطَّعَامَ أَصلٌ وَاللبَنُ تَابِعٌ لهُ فِي حَقِّ المَقصُودِ فَصَارَ كَالمَغلُوبِ، وَلا مُعتَبَرَ بِتَقَاطُرِ اللبَنِ مِن الطَّعَامِ عِندَهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأنَّ التَّغَذِّي بِالطَّعَامِ إذ هُوَ الأَصلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا اخْتَلطَ اللبَنُ بِالمَاءِ وَاللبَنُ هُوَ الغَالبُ) فَسَّرَ مُحَمَّدٌ الغَلبَةَ قَال: إنْ

لَمْ يُغَيِّرْ الدَّوَاءُ اللبَنَ تَثْبُتُ الحُرْمَةُ وَإِنْ غَيَّرَ لا تَثْبُتُ. وَقَال أَبو يُوسُفَ: إنْ غَيَّرَ طَعْمَ اللبَنِ وَلوْنَهُ لا يَكُونُ رَضَاعًا، وَإِنْ غَيَّرَ أَحَدَهُمَا يَكُونُ رَضَاعًا.

وَقَوْلُهُ: (خِلافًا للشَّافعيِّ) فَإِنَّ عِنْدَهُ **إذَا اخْتَلطَ مِقْدَارُ مَا يَحْصُلُ به خَمْسُ رَضَعَات مِنْ اللبَنِ فِي جُبِّ المَاءِ فَشَرِبَهُ الصَّبِيُّ** تَثْبُتُ بِهِ الحُرْمَةُ، هُوَ يَقُولُ: إنَّهُ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا؛ لأَنَّ المَحْسُوسَ لا يُنْكَرُ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: مَغْلُوبٌ، وَالمَغْلُوبُ فِي مُقَابَلة الغَالبِ غَيْرُ مَوْجُود حُكْمًا كَمَا فِي اليَمِين. **حَلفَ لا يَشْرَبُ لبَنًا فَشَرِبَ لبَنًا مَخْلُوطًا بِالمَاءِ، وَالمَاءُ غَالبٌ عَلى اللبَنِ لا يَحْنَثُ.**

فَإِنْ قِيل: فَعَلى هَذَا إنْ اُعْتُبِرَتْ جِهَةُ الحُكْمِ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ حُرْمَةُ الرَّضَاعِ وَإِنْ اُعْتُبِرَتْ جِهَةُ الحَقِيقَة تَثْبُتُ؛ لأَنَّ اللبَنَ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً.

وَإِنْ قِيل: فَعِنْدَ التَّعَارُضِ تُرَجَّحُ الحُرْمَةُ احْتِيَاطًا. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّعَارُضَ لَمْ يَثْبُتْ؛ لأَنَّ التَّعَارُضَ عِبَارَةٌ عَنْ تَقَابُل الحُجَّتَيْنِ عَلى السَّوَاءِ، وَهَاهُنَا لَمْ تَثْبُتْ المُسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا؛ لأَنَّ للغَالبِ فَضْلا ذَاتِيًّا، وَللمَغْلُوبِ فَضْلا حَالِيًّا وَهُوَ جِهَةُ الحُرْمَةِ، وَكَانَ التَّرْجِيحُ لمَعْنًى رَاجعٍ إلى الذَّاتِ لا لمَعْنًى رَاجعٍ إلى الحَال، وَهَذَا كَمَا يُرَى مُتَنَاقِضٌ؛ لأَنَّهُ نَفَى التَّعَارُضَ وَأَثْبَتَ التَّرْجِيحَ للفَضْل الذَّاتِيِّ، وَلا تَرْجِيحَ إلا بَعْدَ التَّعَارُضِ.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَال: لا تَعَارُضَ؛ لأَنَّ الحَقِيقَةَ لا تُعَارِضُ الحُكْمَ؛ لأَنَّ الحُرْمَةَ بِالرَّضَاعِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ، فَمَا لَمْ يَكُنْ فِي الحُكْمِ مَوْجُودًا لا مَدْخَل لهُ فيه.

سَلمْنَاهُ وَلكِنْ تَعَارَضَ ضَرْبًا تَرْجِيحُ أَحَدِهِمَا رَاجِعٌ إلى الذَّات وَالآخَرُ إلى الحَال، وَالأَوَّلُ أَوْلى وَمَوْضِعُهُ الأُصُولُ. وَيُؤَيِّدُ مَا ذَكَرْنَا مَا **إذَا وَقَعَ قَطْرَةٌ مِنْ الدَّمِ أَوْ الخَمْرِ فِي جُبٍّ مِنْ المَاءِ** نَجَّسَهُ وَإِنْ غَلبَ المَاءُ حَقِيقَةً؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غَالبًا حُكْمًا؛ لأَنَّ غَلبَةَ المَاءِ فِي الحُكْمِ هُوَ أَنْ يَكُونَ عَشْرًا فِي عَشْرٍ وَمَا دُونَهُ فِي حُكْمِ القَليل، فَلمْ تَكُنْ الحَقِيقَةُ مُعَارِضَةً للحُكْمِ بَل كَانَتْ مَوْجُودَةً مَعَهُ.

وَقَوْلُهُ: (**وَإِذَا اخْتَلطَ اللبَنُ بِالطَّعَامِ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (لا يَتَعَلقُ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ غَالبًا أَوْ مَغْلُوبًا، أَمَّا إذَا كَانَ مَغْلُوبًا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إذَا كَانَ غَالبًا فَلأَنَّهُ إذَا طُبِخَ بِالطَّعَامِ يَصِيرُ اللبَنُ تَبَعًا للطَّعَامِ وَإِنْ كَانَ غَالبًا حَتَّى لا يُسَمَّى لبَنًا

مُطْلقًا.

وَقَوْلُهُ: (فَصَارَ كَالمَغْلُوب) فيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ المَغْلُوبَ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا، أَمَّا مَا لَمْ يَكُنْ مَغْلُوبًا أَوْ يَكُونُ كَالمَغْلُوبِ فَلا نُسَلمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ. وَالجَوَابُ أَنَّ هَذهِ مُنَاقَشَةٌ لَفْظِيَّةٌ تَنْدَفِعُ بِجَعْلِ الكَافِ زَائِدَةً.

وَقَوْلُهُ: (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنَّ ذَلكَ عِنْدَهُ **إِذَا لَمْ يَتَقَاطَرْ اللبَنُ مِنْ الطَّعَامِ عِنْدَ حَمْلِ اللُّقْمَةِ**، فَأَمَّا إِذَا كَانَ يَتَقَاطَرُ مِنْهُ فَتَثْبُتُ بِهِ الحُرْمَةُ عِنْدَهُ؛ لأَنَّ **القَطْرَةَ مِنْ اللبَنِ إِذَا دَخَلَتْ حَلقَ الصَّبِيِّ** كَانَتْ كَافِيَةً لإِثْبَاتِ الحُرْمَةِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يَثْبُتُ عَلى كُلِ حَالٍ عِنْدَهُ؛ لأَنَّ التَّغَذِّيَ بِالطَّعَامِ هُوَ الأَصْلُ دُونَ اللبَنِ، وَالمُعْتَبَرُ لَمَا يَقَعُ بِهِ التَّغَذِّي المُوجِبُ لإِنْبَاتِ اللحْمِ.

(وَإِن اختَلطَ بِالدَّوَاءِ وَاللبَنُ غَالبٌ تَعَلقَ بِهِ التَّحرِيمُ)؛ لأَنَّ اللبَنَ يَبقَى مَقصُودًا فِيهِ، إذ الدَّوَاءُ لتَقوِيَتِهِ عَلى الوُصُول، وَإِذَا اختَلطَ اللبَنُ بِلبَنِ الشَّاةِ وَهُوَ الغَالبُ تَعَلقَ بِهِ التَّحرِيمُ (وَإِن غَلبَ لبَنُ الشَّاةِ لم يَتَعَلق بِهِ التَّحرِيمُ) اعتِبَارًا للغَالبِ كَمَا فِي المَاءِ.

الشرح:

وَإِنْ **خُلطَ بِالدَّوَاءِ وَاللبَنُ غَالبٌ فيه** تَعَلقَ التَّحْرِيمُ بِهِ؛ لأَنَّ اللبَنَ يَبْقَى مَقْصُودًا فِيهِ حَيْثُ جُعِلَ غَالبًا وَالدَّوَاءُ يُخْلطُ بِهِ لِيُقَوِّيَهُ عَلى الوُصُولِ إلى مَا لا يَصِلُ إِليْهِ بِانْفِرَادِهِ.

فَإِنْ قُلتَ: إِذَا كَانَ الدَّوَاءُ لِتَقْوِيَتِهِ عَلى الوُصُولِ وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَ الغَالبُ وَالمَغْلُوبُ؛ لأَنَّ وُصُولَ قَطْرَةٍ مِنْهُ يُحَرِّمُ.

قُلتَ: النَّظَرُ هَاهُنَا إلى المَقْصُودِ، فَإِنْ كَانَ غَالبًا كَانَ القَصْدُ إلى التَّغَذِّي بِهِ وَالدَّوَاءُ لِتَقْوِيَتِهِ عَلى الوُصُولِ، وَإِذَا كَانَ مَغْلُوبًا كَانَ القَصْدُ إلى التَّدَاوِي وَاللبَنِ لِتَسْوِيَةِ الدَّوَاءِ، يَلُوحُ إلى هَذَا قَوْلُهُ: وَإِذَا خُلطَ دُونَ اخْتَلطَ، وَقَوْلُهُ: لأَنَّ اللبَنَ يَبْقَى مَقْصُودًا. قَالَ: (**وَإِذَا اخْتَلطَ اللبَنُ بِلبَنِ شَاةٍ**). صُورَةُ المَسْأَلةِ ظَاهِرَةٌ، وَكَذَا تَعْليلُ أَبِي يُوسُفَ فِي المَسْأَلةِ الثَّانِيَةِ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المَغْلُوبَ كَالمُسْتَهْلكِ لِعَدَمِ بَقَاءِ مَنْفَعَتِهِ. كَمَا إِذَا صُبَّ كُوزٌ مِنْ المَاءِ العَذْبِ فِي البَحْرِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّ الغَلبَةَ هَاهُنَا غَيْرُ مُتَصَوَّرَةٍ؛ لأَنَّ الجِنْسَ لا يَغْلبُ الجِنْسَ، إِذْ الغَلبَةُ بِالاسْتِهْلاكِ وَالشَّيْءُ لا يَصِيرُ مُسْتَهْلكًا فِي جِنْسِهِ؛ لأَنَّ الاسْتِهْلاكَ

بِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ المُسْتَهْلَكِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي اخْتِلافَ المَقْصُودِ، وَالمَقْصُودُ هُنَا مُتَّحِدٌ، وَإِذَا لَمْ يَتَصَوَّرْ الغَلَبَةَ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي المَقْصُودِ فَيَتَحَقَّقُ الرَّضَاعُ مِنْ القَلِيلِ صُورَةً وَمَعْنًى فَتَثْبُتُ الحُرْمَةُ بِهِمَا جَمِيعًا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذَا رِوَايَتَانِ: فِي رِوَايَةٍ قَوْلُهُ: كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ، وَفِي رِوَايَةٍ كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ، وَأَصْلُ المَسْأَلَةِ فِي الأَيْمَانِ فِيمَا إِذَا حَلَفَ **لا يَشْرَبُ مِنْ لَبَنِ هَذِهِ البَقَرَةِ فَخُلِطَ لَبَنُهَا بِلَبَنِ بَقَرَةٍ أُخْرَى وَهُوَ غَالِبٌ فَشَرِبَهُ** فَهُوَ عَلَى هَذَا الاخْتِلافِ، عَنْهُ أَبِي يُوسُفَ لا يَحْنَثُ؛ لأَنَّ المَغْلُوبَ كَالمُسْتَهْلَكِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْنَثُ؛ لأَنَّ الشَّيْءَ يَتَكَثَّرُ بِجِنْسِهِ وَلا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا.

(وَإِذَا اختَلَطَ لَبَنُ امرَأَتَينِ تَعَلَقَ التَّحرِيمُ بِأَغلَبِهِمَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ)؛ لأَنَّ الكُل صَارَ شَيئًا وَاحِدًا فَيُجعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا للأَكثَرِ فِي بِنَاءِ الحُكمِ عَلَيهِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ (يَتَعَلَقُ التَّحرِيمُ بِهِمَا)؛ لأَنَّ الجِنسَ لا يَغلِبُ الجِنسَ فَإِنَّ الشَّيءَ لا يَصِيرُ مُستَهلكًا فِي جِنسِهِ لاتِّحَادِ المَقصُودِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذَا رِوَايَتَانِ، وَأَصلُ المَسأَلَةِ فِي الأَيمَانِ.

(وَإِذَا نَزَل للبِكرِ لَبَنٌ فَأَرضَعَت صَبِيًّا تَعَلقَ بِهِ التَّحرِيمُ) لإِطلاقِ النَّصِّ وَلأَنَّهُ سَبَبُ النُّشُوءِ فَتَثبُتُ بِهِ شُبهَةُ البَعضِيَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا نَزَلَ للبِكْرِ لَبَنٌ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا حَلبَ لَبَنَ المَرأَةِ بَعدَ مَوتِهَا فَأَوجَرَ الصَّبِيُّ تَعَلقَ بِهِ التَّحرِيمُ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: الأَصلُ فِي ثُبُوتِ الحُرمَةِ إِنَّمَا هُوَ المَرأَةُ ثُمَّ تَتَعَدَّى إِلى غَيرِهَا بِوَاسِطَتِهَا، وَبِالمَوتِ لم تَبقَ مَحَلا لهَا، وَلهَذَا لا يُوجِبُ وَطؤُهَا حُرمَةَ المُصَاهَرَةِ. وَلنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ شُبهَةُ الجُزئِيَّةِ وَذَلكَ فِي اللبَنِ لمَعنَى الإِنشَازِ وَالإِنبَاتِ وَهُوَ قَائِمٌ بِاللبَنِ، وَهَذِهِ الحُرمَةُ تَظهَرُ فِي حَقِّ المَيِّتَةِ دَفنًا وَتَيَمُّمًا. أَمَّا الحُرمَةُ فِي الوَطءِ لكَونِهِ مُلاقِيًا لمَحَل الحَرثِ وَقَد زَال بِالمَوتِ فَافتَرَقَا.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَإِذَا حَلبَ لَبَنَ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأُوجِرَ الصَّبِيُّ تَعَلقَ بِهِ التَّحْرِيمُ خِلافًا للشَّافِعِيِّ) قُيِّدَ بِالمَوْتِ، لأَنَّهُ لوْ حَلبَ قَبْلَ المَوْتِ وَأُوجِرَ بَعْدَ المَوْتِ كَانَ قَوْلُهُ: كَقَوْلنَا

عَلى الأَظْهَرِ. هُوَ يَقُولُ: الأَصْلُ فِي ثُبُوتِ الحُرْمَةِ إِنَّمَا هُوَ المَرْأَةُ؛ لأَنَّ الحُرْمَةَ ثَبَتَتْ بَيْنَهُمَا ثُمَّ تَتَعَدَّى مِنْهَا إِلى غَيْرِهَا بِوَاسِطَةٍ وَبِالمَوْتِ لَمْ تَبْقَ مَحَلا لَهَا لِعَدَمِ الفَائِدَةِ، وَلِهَذَا لا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ؛ لأَنَّهَا الأَصْلُ فِي الحُرْمَةِ وَلَمْ تَبْقَ مَحَلا لَهَا حَتَّى تَتَعَدَّى إِلى غَيْرِهَا.

وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ شُبْهَةُ الجُزْئِيَّةِ وَذَلِكَ فِي اللبَنِ بِمَعْنَى الإِنْشَارِ وَالإِنْبَاتِ، وَهُوَ قَائِمٌ بِاللبَنِ؛ لأَنَّ المَوْتَ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ كَوْنِهِ مُغَذِّيًا كَمَا أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ لَحْمُهُ عَنْ ذَلِكَ، وَالفَائِدَةُ لَمْ تَنْحَصِرْ فِي ظُهُورِ الحُرْمَةِ فِيهَا بَلْ تَظْهَرُ فِي المَيِّتَةِ دَفْنًا وَتَيَمُّمًا بِأَنْ كَانَ لِهَذِهِ المُرْضِعَةِ التِي أُوجِرَ لَبَنُ هَذِهِ المَيِّتَةِ فِي فَمِهَا زَوْجٌ فَإِنَّ لِهَذَا الزَّوْجِ أَنْ يَدْفِنَ وَيُيَمِّمَ المَيِّتَةَ؛ لأَنَّهُ صَارَ مَحْرَمًا لَهَا حَيْثُ صَارَتْ أُمَّ امْرَأَتِهِ.

وَقَوْلُهُ: وَأَمَّا الحُرْمَةُ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: وَلِهَذَا لا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ: يَعْنِي أَنَّ **حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ بِالوَطْءِ** إِنَّمَا تَثْبُتُ بِمُلاقَاتِهِ بِمَحَلِ الحَرْثِ لِتَثْبُتَ بِهِ الحُرْمَةُ وَمَحَلُّ الحَرْثِ قَدْ زَالَ بِالمَوْتِ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا احتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللبَنِ لم يَتَعلق بِهِ التَّحرِيمُ) وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَثبُتُ بِهِ الحُرمَةُ كَمَا يَفسُدُ بِهِ الصَّومُ. وَوَجهُ الفَرقِ عَلى الظَّاهِرِ أَنَّ المُفسِدَ فِي الصَّومِ إِصلاحُ البَدَنِ وَيُوجَدُ ذَلكَ فِي الدَّوَاءِ. فَأَمَّا المُحَرِّمُ فِي الرَّضَاعِ فَمَعنَى النُّشُوءِ وَلا يُوجَدُ ذَلكَ فِي الاحتِقَانِ؛ لأَنَّ المُغَذِّي وُصُولُهُ مِن الأَعلى.

الشرح:

احْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللبَنِ وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا احْتَقَنَ بِاللبَنِ) قَال فِي النِّهَايَةِ: صَوَابُهُ حُقِنَ لا احْتَقَنَ، يُقَالُ: حَقَنَ المَرِيضَ دَاوَاهُ بِالحُقْنَةِ، وَاحْتَقَنَ الصَّبِيُّ غَيْرُ صَحِيحٍ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلى ذَلِكَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ، وَاحْتُقِنَ مَبْنِيًّا لِلمَفْعُول غَيْرُ جَائِزٍ فَتَعَيَّنَ حُقِنَ، وَلكِنْ ذُكِرَ فِي تَاجِ المَصَادِرِ الاحْتِقَانُ حَقَنَهُ كَرَدَنَ فَجَعَلَهُ مُتَعَدِّيًا فَعَلى هَذَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ مَبْنِيًّا لِلمَفْعُول وَهُوَ الأَكْثَرُ فِي اسْتِعْمَال الفُقَهَاءِ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا نَزَل لِلرَّجُل لَبَنٌ فَأَرضَعَ بِهِ صَبِيًّا لم يَتَعلق بِهِ التَّحرِيمُ)؛ لأَنَّهُ ليسَ بِلَبَنٍ عَلى التَّحقِيقِ فَلا يَتَعلقُ بِهِ النُّشُوءُ وَالنُّمُوُّ، وَهَذَا؛ لأَنَّ اللبَنَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ مِمَّن يُتَصَوَّرُ مِنهُ الوِلادَةُ..

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَهَذَا لأَنَّ اللبَنَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الوِلادَةُ) بَيَانُهُ أَنَّ اللهَ تَعَالى خَلَقَ اللبَنَ فِي الأَصْل لِغذَاءِ الوَلَد لِعَدَمِ احْتِمَاله لِسَائِرِ الأَطْعِمَةِ وَالأَشْرِبَةِ فِي ابْتِدَاءِ حَاله لِيَقُومَ مَقَامَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، فَلِهَذَا اخْتَصَّ اللبَنُ عَلى التَّحْقِيقِ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الوِلادَةُ كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَهَذَا لا يُفِيدُ الاخْتِصَاصَ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الوِلادَةُ إِذَا تَأَمَّلت لكِنَّ اخْتِصَاصَهُ بِالأُنْثَى الوَلُودِ مِنْ الحَيَوَانِ وَهُوَ الذي يَكُونُ أُذُونًا لا صَمُوخًا فِي غَيْرِ الآدَمِيِّ مِمَّا هُوَ ثَابِتٌ بِالاسْتِقْرَاءِ لَمْ يَخْتَلِفْ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ مَا فِي الآدَمِيِّ فِي الذَّكَرِ لَيْسَ بِلبَنٍ عَلى التَّحْقِيقِ كَدَمِ السَّمَك.

(وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِن لبَنِ شَاةٍ لم يَتَعَلق بِهِ التَّحرِيمُ)؛ لأَنَّهُ لا جُزئِيَّةَ بَينَ الآدَمِيِّ وَالبَهَائِمِ وَالحُرمَةُ بِاعتِبَارِهَا.

الشرح:

(وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لبَنِ شَاةٍ لَمْ يَتَعَلقْ بِهِ التَّحْرِيمُ؛ لأَنَّهُ لا جُزْئِيَّةَ بَيْنَ الآدَمِيِّ وَالبَهَائِمِ وَالحُرْمَةُ بِاعْتِبَارِهَا) وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ فِي هَذَا حِكَايَةٌ وَهِيَ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ إِسْمَاعِيل البُخَارِيَّ صَاحِبَ الأَخْبَارِ كَانَ يَقُولُ: تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الرَّضَاعِ، فَإِنَّهُ دَخَل بُخَارَى فِي زَمَانِ الشَّيْخِ أَبِي حَفْصٍ الكَبِيرِ وَجَعَل يُفْتِي فَقَال لهُ الشَّيْخُ: لا تَفْعَل فَإِنَّك لسْتَ هُنَاكَ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَل نُصْحَهُ حَتَّى اسْتَفْتَى عَنْ هَذِهِ المَسْأَلةِ فَأَفْتَى بِثُبُوتِ الحُرْمَةِ فَاجْتَمَعُوا وَأَخْرَجُوهُ مِنْ بُخَارَى.

وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرضَعَت الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتَا عَلى الزَّوجِ)؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَينَ الأُمِّ وَالبِنتِ رَضَاعًا وَذَلكَ حَرَامٌ كَالجَمعِ بَينَهُمَا نَسَبًا (ثُمَّ إِن لم يَدخُل بِالكَبِيرَةِ فَلا مَهرَ لهَا)؛ لأَنَّ الفُرقَةَ جَاءَت مِن قِبَلهَا قَبل الدُّخُول بِهَا (وَللصَّغِيرَةِ نِصفُ المَهرِ)؛ لأَنَّ الفُرقَةَ وَقَعَت لا مِن جِهَتِهَا، وَالارتِضَاعُ وَإِن كَانَ فِعلا مِنهَا لكِنَّ فِعلهَا غَيرُ مُعتَبَرٍ فِي إِسقَاطِ حَقِّهَا كَمَا إِذَا قَتَلت مُورِّثَهَا (وَيَرجِعُ بِهِ الزَّوجُ عَلى الكَبِيرَةِ إِن كَانَت تَعَمَّدَت بِهِ الفَسَادَ، وَإِن لم تَتَعَمَّد فَلا شَيءَ عَليهَا، وَإِن عَلمَت بِأَنَّ الصَّغِيرَةَ امرَأَتُهُ) وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَرجِعُ فِي الوَجهَينِ.

وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ؛ لأَنَّهَا وَإِن أَكَّدَت مَا كَانَ عَلى شَرَفِ السُّقُوطِ وَهُوَ

نِصفُ المَهرِ وَذَلكَ يَجرِي مَجرَى الإتلافِ لكنَّهَا مُسَبِّبَةٌ فِيهِ إمَّا لأنَّ الإرضَاعَ ليسَ بِإفسَادِ للنِّكَاحِ وَضعًا وَإِنَّمَا ثَبَتَ ذَلكَ بِاتِّفَاقِ الحَالِ، أَو لأنَّ إفسَادَ النِّكَاحِ ليسَ بِسَبَبٍ لإلزَامِ المَهرِ بَل هُوَ سَبَبٌ لسُقُوطِهِ، إلا أنَّ نِصفَ المَهرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، لكِنَّ مِن شَرطِهِ إبطَالَ النِّكَاحِ، وَإِذَا كَانَت مُسَبِّبَةً يُشتَرَطُ فِيهِ التَّعَدِّي كَحَفرِ البِئرِ ثُمَّ إنَّمَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً إذَا عَلِمَت بِالنِّكَاحِ وَقَصَدَت بِالإرضَاعِ الفَسَادَ، أَمَّا إذَا لم تَعلم بِالنِّكَاحِ أَو عَلِمَت بِالنِّكَاحِ وَلكِنَّهَا قَصَدَت دَفعَ الجُوعِ وَالهَلاكِ عَن الصَّغِيرَةِ دُونَ الفَسَادِ لا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً؛ لأنَّهَا مَأمُورَةٌ بِذَلكَ وَلو عَلِمَت بِالنِّكَاحِ وَلَم تَعلم بِالفَسَادِ لا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً أَيضًا، وَهَذَا مِنَّا اعتِبَارُ الجَهلِ لدَفعِ قَصدِ الفَسَادِ لا لدَفعِ الحُكمِ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرْضَعَتْ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتَا عَلى الزَّوْجِ لأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الأُمِّ وَالبِنْتِ رَضَاعًا وَذَلكَ حَرَامٌ كَالجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَسَبًا) فَأَمَّا الكَبِيرَةُ فَإِنَّ حُرْمَتَهَا مُؤَبَّدَةٌ، وَكَذَلكَ الصَّغِيرَةُ إنْ كَانَ دَخَل بِالكَبِيرَةِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُل بِهَا جَازَ التَّزَوُّجُ بِالصَّغِيرَةِ؛ لأَنَّهَا رَبِيبَةٌ لَمْ يَدْخُل بِأُمِّهَا (ثُمَّ إنَّهُ إنْ لَمْ يَدْخُل بِالكَبِيرَةِ فَلا مَهْرَ لَهَا) إنْ تَعَمَّدَتْ الفَسَادَ أَوْ لَمْ تَتَعَمَّدْ؛ (لأَنَّ الفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا) قَبْل الدُّخُول بِهَا وَللصَّغِيرَةِ قَبْل الدُّخُول بِهَا (وَللصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ؛ لأَنَّ الفُرْقَةَ لَمْ تَجِئْ مِنْ قِبَلِهَا) فَإِنْ قِيل: العِلةُ للفُرْقَةِ الارْتِضَاعُ وَهِيَ فِعْلُهَا فَلمَ لَمْ تُضَفْ الفُرْقَةُ إليْهَا؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالارْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلا مِنْهَا لكِنْ فِعْلُهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ شَرْعًا فِي إسْقَاطِ حَقِّهَا) أَلا تَرَى أَنَّهَا لوْ قَتَلتْ مُورِّثَهَا لَمْ تُحْرَمْ مِنْ المِيرَاثِ؟.

وَاعْتُرِضَ عَليْهِ بِصَغِيرَةٍ مُسْلمَةٍ تَحْتَ مُسْلمٍ ارْتَدَّ أَبَوَاهَا وَلحِقَا بِهَا بِدَارِ الحَرْبِ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا وَلا يُقْضَى لهَا بِشَيْءٍ مِنْ المَهْرِ وَلَمْ يُوجَدْ الفِعْلُ مِنْهَا. وَالجَوَابُ: إنَّا قَدْ قُلنَا كُلمَا وَقَعَتْ الفُرْقَةُ بِفِعْلٍ مِنْ جِهَتِهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا وَلَمْ يَلزَمْ أَنَّ كُلمَا لَمْ تَقَعْ الفُرْقَةُ بِفِعْلٍ مِنْ جِهَتِهَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهَا؛ لأَنَّهُ إذَا لحِقَهَا أَمْرٌ أَخْرَجَهَا عَنْ مَحَليَّةِ النِّكَاحِ كَالرِّدَّةِ الحَاصِلةِ بِتَبَعِيَّةِ الأَبَوَيْنِ أَسْقَطَ حَقَّهَا (وَيُرْجَعُ بِهِ) أَيْ: بِمَا أَدَّى مِنْ نِصْفِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ (عَلى الكَبِيرَةِ إنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الفَسَادَ) بِأَنْ قَصَدَتْ بِالإِرْضَاعِ إفْسَادَ النِّكَاحِ، (وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ) بِأَنْ قَصَدَتْ دَفْعَ الهَلاكِ عَنْهَا جُوعًا (فَلا شَيْءَ عَليْهَا وَإِنْ عَلمَتْ أَنَّ الصَّغِيرَةَ

امْرَأَةُ زَوْجِهَا.

وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا فِي الوَجْهَيْنِ) جَمِيعًا يَعْنِي فِي تَعَمُّد الفَسَاد وَعَدَمِه؛ لأَنَّ مِنْ أَصْلِه أَنَّ المُسَبِّبَ كَالمُبَاشِرِ وَلِهَذَا جُعِل فَتْحُ بَاب القَفَصِ وَالإِصْطَبْل وَحَلُّ قَيْد الآبِقِ مُوجِبًا للضَّمَان عَلى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول، وَفِي المُبَاشَرَة المُتَعَدِّي وَغَيْرُ المُتَعَدِّي سَوَاءٌ فَكَذَلِكَ فِي التَّسَبُّب، (وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرِّوَايَة؛ لأَنَّهَا وَإِنْ أَكَّدَتْ مَا كَانَ عَلى شَرَفِ السُّقُوطِ وَهُوَ نِصْفُ المَهْرِ) بِتَقْبِيل ابْنِ الزَّوْجِ إِذَا بَلَغَتْ حَدًّا تُشْتَهَى، (وَذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى الإِتْلافِ) فِي إِيجَاب الضَّمَان، (لَكِنَّهَا مُسَبِّبَةٌ فِي ذَلِكَ) بِالتَّأْكِيد لا مُبَاشِرَةٌ، (إِمَّا لأَنَّ الإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَاد النِّكَاحِ وَضْعًا)؛ لأَنَّ وَضْعَهُ لِتَرْبِيَة الصَّغِيرِ لا لإِفْسَادِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الإِفْسَادُ بِاتِّفَاق الحَال لِتَأْدِيَته إِلى الجَمْعِ بَيْنَ الأُمِّ وَالبِنْت فِي مِلْك رَجُلٍ نِكَاحًا، أَوْ لأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لإِلزَامِ المَهْرِ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُون بِالاتِّفَاق لِكَوْنِه غَيْرَ مُتَقَوِّمٍ فِي نَفْسِه؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمِلْكِ عَيْنٍ وَلا مَنْفَعَة عَلى التَّحْقِيق، وَلِهَذَا لا يَقْدِرُ عَلى بَيْعِه وَهِبَتِه وَإِيجَارِه، وَإِنَّمَا هُوَ مِلْكٌ ضَرُورِيٌّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الاسْتِيفَاء، بَل هُوَ سَبَبٌ لِسُقُوطِه؛ لأَنَّ مَا يَفُوتُ بِه المُبْدَلُ يَفُوتُ بِه البَدَلُ أَيْضًا.

وَتَقْرِيرُ كَلامِه: الكَبِيرَةُ بِإِرْضَاعِهَا مُسَبِّبَةٌ فِي تَأْكِيد مَا كَانَ عَلى شَرَفِ السُّقُوط لا مُبَاشِرَةٌ؛ لأَنَّ الإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَاد النِّكَاحِ وَضْعًا كَمَا تَقَرَّرَ. سَلمْنَا أَنَّ الإِرْضَاعَ إِفْسَادُ النِّكَاحِ لَكِنَّ إِفْسَادَهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لإِلزَامِ المَهْرِ لِمَا تَقَرَّرَ أَيْضًا. فَإِنْ قِيل: إِذَا لَمْ يَكُنْ سَبَبًا لإِلزَامِه كَيْفَ وَجَبَ عَلى الزَّوْجِ نِصْفُ المَهْر. أَجَابَ بِقَوْله إِلا أَنَّ نِصْفَ المَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتْعَة عَلى مَا عُرِفَ فِي بَاب المَهْر، وَالمُتْعَةُ تَجِبُ بِالنَّصِّ ابْتِدَاءً بِقَوْله تَعَالى ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾؛ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه عَادَ إِلَيْهَا سَالِمًا، لَكِنْ مِنْ شَرْط وُجُوبِه: أَيْ: وُجُوب نِصْف المَهْرِ بِطَرِيقِ المُتْعَة إِبْطَالُ النِّكَاحِ فَكَانَتْ صَاحِبَةَ شَرْط فَهِيَ مُسَبِّبَةٌ، وَإِذَا كَانَتْ مُسَبِّبَةً يُشْتَرَطُ فِيه التَّعَدِّي كَمَا فِي حَفْرِ البِئْر، وَإِنَّمَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً إِذَا عَلمَتْ بِالنِّكَاح وَعَلمَتْ أَنَّ الإِرْضَاعَ مُفْسِدٌ وَقَصَدَتْ بِه الفَسَادَ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَعْلَمْ بِالنِّكَاحِ أَوْ عَلمَتْ بِه وَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ الإِرْضَاعَ مُفْسِدٌ أَوْ عَلمَتْ بِه لَكِنْ قَصَدَتْ دَفْعَ الهَلاكِ عَنْ الصَّغِيرَة جُوعًا لا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً لِكَوْنِهَا مَأْمُورَةً بِذَلِكَ أَيْ: بِالإِرْضَاع لِدَفْعِ الهَلاك.

فَإِنْ قِيل: **الجَهْلُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ فِي دَارِ الإِسْلام** لَيْسَ بِعُذْرٍ فَكَيْفَ جُعِل جَهْلُ

المَرْأة بفسَاد النِّكاحِ عُذْرًا في حَقِّ عَدَمِ وُجُوب الضَّمَان عليْهَا؟ أجَابَ بقَوْله: وَهَذَا مِنَّا اعْتِبَارُ الجَهْل لدَفْعِ قَصْدِ الفَسَادِ لا لدَفْعِ الحُكْمِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الحُكْمَ الشَّرْعِيَّ وَهُوَ وُجُوبُ الضَّمَانِ يَعْتَمِدُ التَّعَدِّيَ وَالتَّعَدِّي بِمَا يَحْصُلُ بقَصْدِ الفَسَادِ وَالقَصْدُ إلى الفَسَادِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ العلمِ بالفَسَادِ، فَإِذَا انْتَفَى العلمُ بالفَسَادِ انْتفى قَصْدُ الفَسَاد، وَكَانَ اعْتِبَارُ الجَهْل لدَفْعِ قَصْدِ الفَسَادِ لا لدَفْعِ الحُكْمِ. فَإِنْ قُلت: دَفْعُ قَصْدِ الفَسَادِ يَسْتَلزِمُ دَفْعَ الحُكْمِ فَكَانَ اعْتِبَارُ الجَهْل لدَفْعِ الحُكْمِ. قُلت: لزِمَ ذَلكَ ضِمْنًا فَلا مُعْتَبَرَ بِهِ.

وَلا تُقبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنفرِدَاتٍ وَإِنَّمَا تَثبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَينِ أَو رَجُلٍ وَامرَأَتَينِ) وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللهُ: تَثبُتُ بِشَهَادَةِ امرَأَةٍ وَاحِدَةٍ إِذَا كَانَت مَوصُوفَةً بِالعَدَالَةِ؛ لأَنَّ الحُرمَةَ حَقٌّ مِن حُقُوقِ الشَّرعِ فَتَثبُتُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ كَمَن اشتَرَى لحمًا فَأَخبَرَهُ وَاحِدٌ أَنَّهُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ. وَلنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرمَةِ لا يَقبَلُ الفَصل عَن زَوَال المِلكِ فِي بَابِ النِّكَاحِ وَإِبطَالُ المِلكِ لا يَثبُتُ إِلا بِشَهَادَةِ رَجُلَينِ أَو رَجُلٍ وَامرَأَتَينِ، بِخِلافِ اللحمِ؛ لأَنَّ حُرمَةَ التَّنَاوُل تَنفَكُّ عَن زَوَال المِلكِ فَاعتُبِرَ أَمرًا دِينِيًّا، وَاللهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (**وَلا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ**) أَيْ: عَنْ الرِّجَال أَجْنَبِيَّاتٍ كُنَّ أَوْ أُمَّهَاتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَرْبَعٍ مِنهُنَّ. وَقَال مَالكٌ: تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدَةٍ إذَا اتَّصَفَتْ بالعَدَالة. وَجْهُ قَوْل الشَّافِعِيِّ: إِنَّ الرَّضَاعَ يَكُونُ بالثَّدْي وَلا يَطَّلِعُ عَلى ذَلكَ رَجُلٌ لحُرْمَة النَّظَرِ إليْه، وَعِنْدَهُ أَنَّ شَهَادَةَ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ شَرْطٌ فِيمَا لا يَطَّلِعُ عَلَيْه الرِّجَالُ لتَقُومَ كُلُّ امْرَأَتَيْنِ مَقَامَ رَجُلٍ. وَقُلنَا: هُوَ مِمَّا يَطَّلِعُ عَليْه الرِّجَالُ مِنْ ذَوِي المَحَارِمِ يَحِلُّ لَهُمُ النَّظَرُ إلى ثَدْيِهَا.

وَوَجْهُ قَوْل مَالك أَنَّ الحُرْمَةَ حَقٌّ مِنْ حُقُوق الشَّرْعِ فَيَثْبُتُ بخَبَرِ الوَاحِدِ؛ كَمَنْ **اشْتَرَى لَحْمًا فَأَخْبَرَهُ وَاحِدٌ أَنَّهُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ** فَإِنَّهُ يَنْبَغِي للمُسْلمِ أَنْ لا يَأْكُل مِنْهُ وَلا يُطْعِمَ غَيْرَهُ؛ لأَنَّ المُخبِرَ أَخْبَرَهُ بحُرْمَة العَيْنِ وَبُطْلان الملك فَتَثْبُتُ الحُرْمَةُ مَعَ بَقَاءِ الملك، ثُمَّ لَمَّا ثَبَتَتْ الحُرْمَةُ مَعَ بَقَاءِ الملك لا يُمْكِنُهُ الرَّدُّ عَلى بَائِعه وَلا أَنْ يَحْبِسَ الثَّمَنَ عَنْ البَائِعِ. وَلنَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ لا يَحْتَاجُ إلى بَيَانٍ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

كِتَابُ الطَّلاقِ

الشرح:

لَمَّا كَانَ الطَّلاقُ مُتَأَخِّرًا عَنْ النِّكَاحِ طَبْعًا أَخَّرَهُ عَنْهُ وَضْعًا لِيُوَافِقَ الوَضْعُ الطَّبْعَ. وَالطَّلاقُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ القَيْدِ. وَفِي عُرْفِ الفُقَهَاءِ عِبَارَةٌ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ بِرَفْعِ القَيْدِ النِّكَاحِيِّ بِأَلْفَاظٍ مَخْصُوصَةٍ. وَسَبَبُهُ الحَاجَةُ الُمحْوِجَةُ إِلَيْهِ. وَشَرْطُهُ كَوْنُ الُمطَلِّقِ عَاقِلا بَالِغًا وَالمَرْأَةُ فِي النِّكَاحِ أَوْ عِدَّتِهِ الَّتِي تَصْلُحُ بِهَا مَحَلا لِلطَّلاقِ، وَحُكْمُهُ زَوَالُ الِملْكِ عَنْ المَحَلِّ. وَأَقْسَامُهُ مَا يَذْكُرُهُ.

بَابُ طَلاقِ السُّنَّةِ

قَالَ (الطَّلاقُ عَلَى ثَلاثَةِ أَوجُهٍ: حَسَنٌ، وَأَحسَنُ، وَبِدعِيٌّ. فَالأَحسَنُ أَن يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ تَطلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طُهرٍ لم يُجَامِعهَا فِيهِ وَيَترُكَهَا حَتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُهَا)؛ لأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُم كَانُوا يَستَحِبُّونَ أَن لا يَزِيدُوا فِي الطَّلاقِ عَلَى وَاحِدَةٍ حَتَّى تَنقَضِيَ العِدَّةُ فَإِنَّ هَذَا أَفضَلُ عِندَهُم مِن أَن يُطَلِّقَهَا الرَّجُلُ ثَلاثًا عِندَ كُلِّ طُهرٍ وَاحِدَةً؛ وَلأَنَّهُ أَبعَدُ مِن النَّدَامَةِ وَأَقَلُّ ضَرَرًا بِالمَرأَةِ وَلا خِلافَ لأَحَدٍ فِي الكَرَاهَةِ (وَالحَسَنُ هُوَ طَلاقُ السُّنَّةِ، وَهُوَ أَن يُطَلِّقَ المَدخُول بِهَا ثَلاثًا فِي ثَلاثَةِ أَطهَارٍ) وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ بِدعَةٌ وَلا يُبَاحُ إِلا وَاحِدَةً؛ لأَنَّ الأَصل فِي الطَّلاقِ هُوَ الحَظرُ وَالإِبَاحَةُ لحَاجَةِ الخَلاصِ وَقَد اندَفَعَت بِالوَاحِدَةِ. وَلَنَا قَولُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا «إِنَّ مِن السُّنَّةِ أَن تَستَقبِل الطُّهرَ استِقبَالا فَتُطَلِّقَهَا لكُلِّ قُرءٍ تَطلِيقَةً»[١] وَلأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيل الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقدَامُ عَلَى الطَّلاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغبَةِ وَهُوَ الطُّهرُ الخَالِي عَن الجِمَاعِ، فَالحَاجَةُ كَالُمتَكَرِّرَةِ نَظَرًا إِلى دَلِيلهَا، ثُمَّ قِيل: الأَولى أَن يُؤَخِّرَ الإِيقَاعَ إِلى آخِرِ الطُّهرِ احتِرَازًا عَن تَطوِيل العِدَّةِ، وَالأَظهَرُ أَن يُطَلِّقَهَا كَمَا طَهُرَت؛ لأَنَّهُ لو أَخَّرَ رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمِن قَصدِهِ التَّطلِيقُ فَيُبتَلى بِالإِيقَاعِ عَقِيبَ الوِقَاعِ.

الشرح:

(بَابُ طَلاقِ السُّنَّةِ): ذَهَبَ بَعْضُ النَّاسِ إِلى أَنَّ إِيقَاعَ الطَّلاقِ لَيْسَ بِمُبَاحٍ إِلا عِنْدَ الضَّرُورَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لَعَنَ اللَّهُ كُلَّ ذَوَّاقٍ مِطْلاقٍ**» وَالعَامَّةُ عَلَى

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٣١) بطوله، وانظر نصب الراية (٣/٢٩٢).

إبَاحَته بالنُّصُوص المُطْلَقَة كَقَوْله تَعَالَى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقَوْله تَعَالَى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١] وَأَمْثَالهمَا. وَأَقْسَامُهُ ثَلاثَةٌ: حَسَنٌ، وَأَحْسَنُ، وَبدْعِيٌّ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب، وَهُوَ ظَاهِرٌ. (قَوْلُهُ: وَلأَنَّهُ أَبْعَدُ منْ النَّدَامَة) حَيْثُ أَبْقَى لنَفْسه مُكْنَةَ التَّدَارُك بأَنْ يُرَاجعَهَا في العدَّة وَبَعْدَهَا بتَجْديد منْ غَيْر اسْتحْلال، وَأَقَلُّ ضَرَرًا بالمَرْأَة حَيْثُ لَمْ تَبْطُل مَحَلِّيَّتهَا نَظَرًا إلَيْهَا؛ لأَنَّ اتِّسَاعَ المَحَلِّيَّة نعْمَةٌ فِي حَقِّهِنَّ فَلا يَتَكَامَلُ ضَرَرُ الإيحَاش.

وَقَوْلُهُ: (وَلا خلافَ لأَحَد فِي الكَرَاهَة) أَيْ: فِي عَدَمِ الكَرَاهَة يَعْني لَمْ يَقُل أَحَدٌ بكَرَاهَة هَذَا الطَّلاق. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلاقِ هُوَ الحَظْرُ)؛ لأَنَّهُ قَطْعُ النِّكَاحِ الَّذي هُوَ سُنَّةٌ فَيَكُونُ مَحْظُورًا. وَقَوْلُهُ: (وَالإِبَاحَةُ لحَاجَة الخَلاصِ) الضَّرُورَةُ التَّخْليصُ عَنْهَا بتَبَايُنِ الأَخْلاق وَتَنَافُر الطِّبَاعِ، وَهَذَا المَعْنَى يَحْصُلُ بالوَاحدَة فَلا يَحْتَاجُ إلى الثَّانيَة.

وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَديث ابْنِ عُمَرَ وَهُوَ مَا رَوَى البُخَارِيُّ وَغَيْرُهُ مُسْنَدًا إلى نَافعٍ عَنْ عَبْد اللَّه بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائضٌ عَلى عَهْد رَسُول اللَّه ﷺ فَسَأَل عُمَرُ بْنُ الخَطَّاب رَسُول اللَّه ﷺ عَنْ ذَلكَ فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **مُرْهُ فَليُرَاجعْهَا ثُمَّ ليُمْسكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْل أَنْ يَمَسَّ فَتلكَ العدَّةُ الَّتي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ** وَأَشَارَ به إلى قَوْله تَعَالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾.

قَال: إنْ شَاءَ **أَمْسَكَ بَعْدُ وَإنْ شَاءَ طَلَّقَ**»، خُيِّرَ بَيْنَ الإمْسَاك وَالطَّلاق، وَلَوْ كَانَ الطَّلاقُ الثَّاني بدْعَةً لَمَا فَعَل ذَلكَ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ. وَلَيْسَ هَذَا شَرْحَ مَا فِي الكتَاب، وَإنَّمَا شَرْحُهُ مَا رُويَ أَنَّ رَسُول اللَّه ﷺ قَال لابْنِ عُمَرَ حينَ **طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائضٌ**:«**مَا هَكَذَا أَمَرَكَ اللَّهُ تَعَالى، إنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبل الطُّهْرَ اسْتقْبَالا وَيُطَلِّقَهَا لكُلِّ قُرْءٍ تَطْليقَةً**»، (وَقَوْلُهُ: وَلأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلى دَليل الحَاجَة) بَيَانُهُ أَنَّ **الأَصْل فِي الطَّلاق** الحَظْرُ كَمَا قَال مَالكٌ. وَالإبَاحَةُ للحَاجَة بسَبَب العَجْز عَنْ الإمْسَاك بالمَعْرُوف عنْدَ عَدَمِ مُوَافَقَة الأَخْلاق، وَالحَاجَةُ بسَبَب العَجْزِ أَمْرٌ مُبطَّنٌ فَأُقيمَ دَليلُ الحَاجَة وَهُوَ الإقْدَامُ عَلى الطَّلاقِ فِي زَمَانٍ تَجَدُّد الرَّغْبَة فِيهَا وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالي عَنْ الجمَاعِ مَقَامَهُ، وَكُلَّمَا تَكَرَّرَ دَليلُ الحَاجَة جُعلتْ كَأَنَّ الحَاجَةَ إلى الطَّلاقِ تَكَرَّرَتْ فَأُبيحَ تَكْرَارُ الطَّلاق

المُفَرَّقِ عَلى الأَطْهَارِ، (وَقَوْلُهُ: ثُمَّ قِيل) اخْتَلفَ المَشَايِخُ فِي هَذَا الطَّلاقِ؛ فَقَال بَعْضُهُمْ يُؤَخِّرُ الإِيقَاعُ إلى آخِرِ الطُّهْرِ احْتِرَازًا عَنْ تَطْوِيل العِدَّة، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَاخْتَارَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَقَال بَعْضُهُمْ: يُطَلِّقُهَا كَمَا طَهُرَتْ، لأَنَّهُ لوْ أَخَّرَ رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمَنْ قَصْدُهُ التَّطْلِيقُ فَيُبْتَلى بالإِيقَاعِ عَقِيبَ الوِقَاعِ.

قَال المُصَنِّفُ: وَالأَظْهَرُ أَنْ يُطَلِّقَهَا كَمَا طَهُرَتْ، جُعِل هَذَا أَظْهَرُ؛ لأَنَّ مُحَمَّدًا قَال فِي الأَصْل: وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا طَلَّقَهَا وَاحِدَةً إِذَا طَهُرَتْ مِنْ الحَيْضِ.

(وَطَلَاقُ البِدعَةِ أَن يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا بِكَلمَةٍ وَاحِدَةٍ أَو ثَلاثًا فِي طُهرٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلكَ وَقَعَ الطَّلاقُ وَكَانَ عَاصِيًا) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ الطَّلاقِ مُبَاحٌ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشرُوعٌ حَتَّى يُستَفَادَ بِهِ الحُكمُ وَالمَشرُوعِيَّةُ لا تُجَامِعُ الحَظرَ، بِخِلافِ الطَّلاقِ فِي حَالَةِ الحَيضِ؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ تَطوِيلُ العِدَّةِ عَلَيهَا لا الطَّلاقِ. وَلَنَا أَنَّ الأَصل فِي الطَّلاقِ هُوَ الحَظرُ لِمَا فِيهِ مِن قَطعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَت بِهِ المَصَالحُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنيَوِيَّةُ وَالإِبَاحَةُ لِلحَاجَةِ إِلى الخَلاصِ، وَلا حَاجَةَ إِلى الجَمعِ بَينَ الثَّلاثِ وَهِيَ فِي المُفَرَّقِ عَلى الأَطهَارِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلى دَلِيلِهَا، وَالحَاجَةُ فِي نَفسِهَا بَاقِيَةٌ فَأَمكَنَ تَصوِيرُ الدَّلِيل عَلَيهَا، وَالمَشرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ مِن حَيثُ إِنَّهُ إِزَالَةُ الرِّقِّ لا تُنَافِي الحَظرَ لِمَعنًى فِي غَيرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ، وَكَذَا إِيقَاعُ الثِّنتَينِ فِي طُهرٍ وَاحِدٍ بِدعَةٌ؛ لِمَا قُلنَا. وَاختَلَفَت الرِّوَايَةُ فِي الوَاحِدَةِ البَائِنَةِ. قَال فِي الأَصل: إِنَّهُ أَخطَأَ السُّنَّةَ؛ لأَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلى إِثبَاتِ صِفَةٍ زَائِدَةٍ فِي الخَلاصِ وَهِيَ البَينُونَةُ، وَفِي الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لا يُكرَهُ لِلحَاجَةِ إِلى الخَلاصِ نَاجِزًا.

الشرح:

(وَطَلاقُ البِدْعَةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا بِكَلمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا، لكِنَّهُ إِذَا فَعَل وَقَعَ الطَّلاقُ وَبَانَتْ مِنْهُ وَحَرُمَتْ حُرْمَةً غَلِيظَةً وَكَانَ عَاصِيًا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: كُلُّ طَلاقٍ مُبَاحٌ) يَعْنِي فِي حَدِّ ذَاتِه، وَإِنَّمَا قُلت ذَلكَ لئَلا يَرِدَ عَلى تَعْمِيمِه **الطَّلاقُ حَالةَ الحَيْضِ وَفِي طُهْرٍ قَدْ جَامَعَهَا فِيه،** فَإِنَّ الطَّلاقَ فِي هَذَيْنِ الوَقْتَيْنِ حَرَامٌ عِنْدَهُ أَيْضًا. قَال فِي تَعْلِيلِه: لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ حَتَّى يُسْتَفَادَ بِه الحُكْمُ) وَهُوَ وُقُوعُ الطَّلاقِ، وَكُلُّ مَا هُوَ مَشْرُوعٌ لا يَكُونُ مَحْظُورًا؛ لأَنَّ المَشْرُوعِيَّةَ لا تُجَامِعُ الحَظْرَ. فَإِنْ قِيل: فَكَيْفَ يَصِحُّ العُمُومُ وَالطَّلاقُ فِي حَالةِ الحَيْضِ حَرَامٌ؟ أَجَابَ بِقَوْلِه: (بِخلافِ

الطَّلاقِ فِي حَالَةِ الحَيْضِ؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ تَطْوِيلُ العِدَّةِ عَلَيْهَا لا الطَّلاقِ) وَكَذَلِكَ يَقُولُ المُحَرَّمُ فِيمَا إِذَا طَلَّقَهَا فِي طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ التِبَاسُ أَمْرِ العِدَّةِ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا فِيهِ يَلْتَبِسُ أَمْرُ العِدَّةِ عَلَيْهَا لا يَدْرِي أَهِيَ حَامِلٌ فَتَعْتَدُّ بِوَضْعِ الحَمْلِ أَوْ حَائِلٌ فَتَعْتَدُّ بِالأَقْرَاءِ.

ثُمَّ قَالَ: لا أَعْرِفُ فِي الجَمْعِ بِدْعَةً وَلا فِي التَّفْرِيقِ سُنَّةً بَلِ الكُلُّ مُبَاحٌ (وَلَنَا أَنَّ الطَّلاقَ الأَصْلُ فِيهِ الحَظْرُ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ المَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ) مِنْ تَحْصِينِ الفَرْجِ عَنْ الزِّنَا المُحَرَّمِ فِي جَمِيعِ الأَدْيَانِ (وَالدُّنْيَوِيَّةُ) لِمَا فِيهِ مِنْ المَسْكَنِ وَالازْدِوَاجِ وَاكْتِسَابِ الوَلَدِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ لا يَجُوزَ وُقُوعُهُ فِي الشَّرْعِ إلا أَنَّهُ أُبِيحَ لِلحَاجَةِ إلى الخَلاصِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلا حَاجَةَ إلى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلاثِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَمَا لا حَاجَةَ إلى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلاثِ فَكَذَا لا حَاجَةَ إلى المُفَرَّقِ عَلى الأَطْهَارِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهِيَ) أَيْ الحَاجَةُ (فِي المُفَرَّقِ عَلى الأَطْهَارِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إلى دَلِيلِهَا) وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلى الطَّلاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالحُكْمُ يُدَارُ عَلى دَلِيلِ الحَاجَةِ لِكَوْنِهَا أَمْرًا مُبَطَّنًا.

فَإِنْ قِيلَ: دَلِيلُ الحَاجَةِ إِنَّمَا يُقَامُ مَقَامَ الحَاجَةِ فِيمَا يُتَصَوَّرُ وُجُودُهَا وَهَاهُنَا لا يُتَصَوَّرُ؛ لأَنَّ الحَاجَةَ إلى الخَلاصِ عَنْ عُهْدَةِ النِّكَاحِ فِي الطُّهْرِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ مَعَ ارْتِفَاعِ النِّكَاحِ بِالأَوَّلِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: (وَالحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَةٌ) يَعْنِي لاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ سَيِّئَةَ الأَخْلاقِ بَذِيَّةَ اللِّسَانِ فَيُسَدُّ عَلى الزَّوْجِ بَابُ إِمْكَانِ التَّدَارُكِ مَعَ صَفَائِهِ عَنْ عُرُوضِ النَّدَمِ.

قَال فَخْرُ الإِسْلامِ: وَعَلى هَذَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاحَ الثَّلاثُ جُمْلَةً لَكِنَّهَا عِلَّةٌ تُعَارِضُ النَّصَّ فَلَمْ تُؤَثِّرْ، وَأَظُنُّ أَنَّهُ أَرَادَ بِالنَّصِّ قَوْلَهِ تَعَالَى ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ مُفَرَّقٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لابْنِ عُمَرَ: «**إِنَّ مِنْ السُّنَّةِ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ اسْتِقْبَالا**» الحَدِيثَ (قَوْلُهُ: وَالمَشْرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ: وَالمَشْرُوعِيَّةُ لا تُجَامِعُ الحَظْرَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ المَشْرُوعَ لِذَاتِهِ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَحْظُورًا لِذَاتِهِ أَمَّا إِذَا كَانَتْ المَشْرُوعِيَّةُ لِذَاتِهِ وَالحَظْرُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ فَوَاتِ مَصَالِحِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا فَلا تَنَافِي إِذْ ذَاكَ كَالبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ وَالصَّلاةِ فِي الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ،

وَكَذَا إيقَاعُ الثِّنْتَيْنِ فِي الطُّهْرِ الوَاحِدِ بِدْعَةٌ لِمَا قُلْنَا: إنَّهُ لا حَاجَةَ إلى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلاثِ. وَقَوْلُهُ: (وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ) ظَاهِرٌ.

(وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلاقِ مِن وَجهَينِ: سُنَّةٌ فِي الوَقتِ، وَسُنَّةٌ فِي العَدَدِ. فَالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ يَستَوِي فِيهَا المَدخُولُ بِهَا وَغَيرُ المَدخُولِ بِهَا) وَقَد ذَكَرنَاهَا (وَالسُّنَّةُ فِي الوَقتِ تَثبُتُ فِي المَدخُولِ بِهَا خَاصَّةً، وَهُوَ أَن يُطَلِّقَهَا فِي طُهرٍ لم يُجَامِعهَا فِيهِ) لأَنَّ المُرَاعَى دَلِيلُ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقدَامُ عَلَى الطَّلاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغبَةِ وَهُوَ الطُّهرُ الخَالِي عَن الجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الحَيضِ فَزَمَانُ النَّفرَةِ، وَبِالجِمَاعِ مَرَّةً فِي الطُّهرِ تَفتُرُ الرَّغبَةُ (وَغَيرُ المَدخُولِ بِهَا يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهرِ وَالحَيضِ) خِلافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ يَقِيسُهَا عَلَى المَدخُولِ بِهَا. وَلَنَا أَنَّ الرَّغبَةَ فِي غَيرِ المَدخُولِ بِهَا صَادِقَةٌ لا تَقِلُّ بِالحَيضِ مَا لم يَحصُل مَقصُودُهُ مِنهَا، وَفِي المَدخُولِ بِهَا تَتَجَدَّدُ بِالطُّهرِ.

الشرح:

قَالَ: (وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحدهمَا فِي الوَقْتِ، وَالآخرِ فِي العَدَدِ، فَالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا المَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا) وَهِيَ أَنْ لا يَزِيدَ عَلَى الوَاحِدَةِ وَسَمَّى الوَاحِدَ عَدَدًا مَجَازًا لِكَوْنِه أَصْلَ العَدَدِ وَهُوَ مَا يَكُونُ نِصْفَ حَاشِيَتَيْهِ، (وَالسُّنَّةُ فِي الوَقْتِ فِي المَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ شَرْعِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ، وَالمُرَاعَى دَلِيلُهَا، (وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنْ الجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الحَيْضِ زَمَانُ النُّفْرَةِ، وَبِالجِمَاعِ مَرَّةً فِي الطُّهْرِ تَفْتُرُ الرَّغْبَةُ) فَلَمْ يَكُنْ فِيهِمَا دَلِيلُ الحَاجَةِ لِيُقَامَ مَقَامَهُ، وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا حَيْثُ لَمْ يَنَل مِنْهَا شَيْئًا فَالرَّغْبَةُ فِيهَا بَاقِيَةٌ، سَوَاءٌ كَانَ فِي حَالَةِ الحَيْضِ وَفِي حَالَةِ الطُّهْرِ فَلَمْ يَخْرُجْ طَلاقُهَا عَنْ السُّنِّيِّ فِي أَيِّ وَقْتٍ كَانَ (خِلافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَقِيسُهَا عَلَى المَدْخُولِ بِهَا) وَقَوْلُهُ: وَلَنَا وَاضِحٌ. وَعُورِضَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ، فَإِنَّ قَوْلَهُ: عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لابْنِ عُمَرَ «**إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ**» بِإِطْلاقِه يَدُلُّ عَلَى أَنَّ **الطَّلاقَ فِي حَالَةِ الحَيْضِ** لَيْسَ بِسُنَّةٍ مِنْ غَيْرِ تَفْرِقَةٍ بَيْنَ المَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا وَلا عِبْرَةَ لِخُصُوصِ السَّبَبِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الخُصُوصَ لَمْ يَثْبُتْ لِخُصُوصِ السَّبَبِ، بَل لِقَوْلِه عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِعُمَرَ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا**»

قَال (وَإِذَا كَانَت المَرأَةُ لا تَحِيضُ مِن صِغَرٍ أو كِبَرٍ فَأَرَادَ أَن يُطلِّقَهَا ثَلاثًا للسُّنَّةِ طَلَّقهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَى شَهرٌ طَلَّقهَا أُخرَى، فَإِذَا مَضَى شَهرٌ طَلَّقهَا أُخرَى)؛ لأَنَّ الشَّهرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيضِ، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ ﴾ إلى أن قَال ﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾ [الطلاق: ٤] وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيضِ خَاصَّةً حَتَّى يُقَدَّرَ الاستِبرَاءُ فِي حَقِّهَا بِالشَّهرِ وَهُوَ بِالحَيضِ لا بِالطُّهرِ، ثُمَّ إن كَانَ الطَّلاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهرِ تُعتَبَرُ الشُّهُورُ بِالأَهِلَّةِ، وَإِن كَانَ فِي وَسَطِهِ فَبِالأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفرِيقِ، وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذَلكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِندَهُمَا يُكمِلُ الأَوَّلَ بِالأَخِيرِ وَالمُتَوَسِّطَانِ بِالأَهِلَّةِ وَهِيَ مَسأَلَةُ الإِجَارَاتِ.

قَال (وَيَجُوزُ أَن يُطَلِّقَهَا وَلا يَفصِلُ بَينَ وَطئِهَا وَطَلاقِهَا بِزَمَانٍ) وَقَال زُفَرُ: يَفصِلُ بَينَهُمَا بِشَهرٍ لقِيَامِهِ مَقَامَ الحَيضِ؛ وَلأَنَّ بِالجِمَاعِ تَفتُرُ الرَّغبَةُ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ بِزَمَانٍ وَهُوَ الشَّهرُ. وَلنَا أَنَّهُ لا يُتَوَهَّمُ الحَبَلُ فِيهَا، وَالكَرَاهِيَةُ فِي ذَوَاتِ الحَيضِ بِاعتِبَارِهِ؛ لأَنَّ عِندَ ذَلكَ يُشتَبَهُ وَجهُ العِدَّةِ، وَالرَّغبَةُ وَإِن كَانَت تَفتُرُ مِن الوَجهِ الَّذِي ذَكَرَ لكِن تَكثُرُ مِن وَجهٍ آخَرَ؛ لأَنَّهُ يَرغَبُ فِي وَطءٍ غَيرِ مُعَلَّقٍ فِرَارًا عَن مُؤَنِ الوَلَدِ فَكَانَ الزَّمَانُ زَمَانَ رَغبَةٍ وَصَارَ كَزَمَانِ الحَبَلِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ المَرْأَةُ لا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا للسُّنَّة طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى؛ لأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيْضِ لقَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾ [الطلاق: ٤]) يَعْنِي إنْ أَشْكَل عَلَيْكُمْ حُكْمُ اعْتِدَاد هَاتَيْنِ الطَّائِفَتَيْنِ فَحُكْمُهُنَّ هَذَا.

وَقَوْلُهُ: (﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾) مُبْتَدَأٌ خَبَرُهُ مَحْذُوفٌ أَيْ: وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ. وَقَوْلُهُ: (وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيْضِ خَاصَّةً) قِيل هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الشَّهْرَ قَائِمٌ مَقَامَ الحَيْضِ خَاصَّةً دُونَ الحَيْضِ وَالطُّهْرِ جَمِيعًا كَمَا اخْتَارَهُ آخَرُونَ. وَقَال شَمْسُ الأَئِمَّة: ظَنَّ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّ الَّتِي لا تَحِيضُ بِمَنْزِلَةِ الحَيْضِ وَالطُّهْرِ فِي حَقِّ الَّتِي تَحِيضُ وَلَيْسَ كَذَلكَ، بَل الشَّهْرُ فِي حَقِّهَا بِمَنْزِلَةِ الحَيْضِ فِي حَقِّ الَّتِي تَحِيضُ حَتَّى يَتَقَدَّرَ بِهِ الاسْتِبْرَاءُ وَيُفْصَل بِهِ بَيْنَ طَلاقَيْ

السُّنَّة، وَهَذَا لأَنَّ **الْمُعْتَبَرَ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ** الحَيْضُ، وَلَكِنْ لا يُتَصَوَّرُ تَجَدُّدُ الحَيْضِ إلا بِتَخَلُّلِ الطُّهْرِ، وَفِي الشُّهُورِ يَنْعَدِمُ هَذَا الْمَعْنَى فَكَانَ الشَّهْرُ قَائِمًا مَقَامَ مَا هُوَ الْمُعْتَبَرُ.

وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدهمَا مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَة أَنَّ الشَّهْرَ لَمَّا أُقِيمَ مَقَامَ الحَيْضِ، فَإِذَا أَوْقَعَ الطَّلاقَ فِي أَيِّ شَهْرٍ كَانَ مِنْ الأَشْهُرِ الثَّلاثَة كَانَ مُوقِعًا للطَّلاقِ فِي الحَيْضِ فكَانَ حَرَامًا كَمَا فِي حَالة الحَيْضِ.

وَالثَّانِي مَا ذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ أَنَّ الشَّهْرَ لوْ قَامَ مَقَامَ الحَيْضِ خَاصَّةً لَمَا احْتِيجَ إلى إقَامَة ثَلاثَة أَشْهُرٍ مَقَامَ ثَلاث حِيَضٍ بَل يُكْتَفَى بِإِقَامَة شَهْرٍ وَاحد مَقَامَ ثَلاث حِيَضٍ؛ لأَنَّ **الحَيْضَ أَكْثَرُهُ** عَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَمُدَّةُ ثَلاث حِيَضٍ تَحْصُلُ فِي شَهْرٍ وَاحد لكنَّ اللازمَ مُنْتَفٍ فَيَنْتَفِي المَلزُومُ. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ هَذه المُدَّةَ طُهْرٌ حَقِيقَةً، وَلكنْ أُقِيمَتْ مَقَامَ الحَيضِ، وَمَا قَامَ مَقَامَ الشَّيْءِ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْه وَإلا كَانَ عَيْنَهُ لا قَائمًا مَقَامَهُ، فَكَانَ قَائمًا مَقَامَهُ فِي انْقضَاء العدَّة وَالاسْتبْرَاء خَاصَّةً، أَلا تَرَى أَنَّ **الطَّلاقَ بَعْدَ الجمَاعِ فِي ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ** حَرَامٌ وَفِي الآيسَة وَالصَّغيرَة ليْسَ بحَرَامٍ؟ وَلوْ كَانَ الأَشْهُرُ بَدَلا عَنْ الأَقْرَاءِ فِي جَميعِ الأَحْكَامِ لكَانَ مُحَرَّمًا كَمَا فِي ذَوَات الأَقْرَاء، كَذَا ذَكَرَهُ شَيْخُ الإسْلامِ. وَالجَوَابُ عَنْ الثَّانِي أَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَ الأَشْهُرَ مَقَامَ حِيَضٍ تَنْقَضِي بِهَا العدَّةُ، وَهِيَ إنَّمَا تَكُونُ فِي ثَلاثَة أَشْهُرٍ غَالبًا، فَأُقِيمَتْ الأَشْهُرُ مَقَامَ الحِيَضِ الَّتِي كَانَتْ تُوجَدُ فِيهَا وَلَمْ تَقُمْ الأَشْهُرُ مَقَامَ مُدَّةِ الحَيْضِ حَتَّى يُكْتَفَى بِشَهْرٍ وَاحِدٍ وَلَمْ تَظْهَرْ لِي فَائدَةُ هَذَا الاخْتلاف.

وَمَا ذَكَرَهُ صَاحبُ النِّهَايَة أَنَّ ثَمَرَتَهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ إلزَامِ الحُجَّة، فَإِنَّهُمْ لَمَّا أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ **فِي الاسْتبْرَاءِ يُكْتَفَى بالحَيْضِ** لا غَيْر منْ غَيْر تَوَقُّف إلى الطُّهْرِ، وَالشَّهْرُ قَائمٌ مَقَامَهُ فِي حَقِّ الَّتِي لا تَحِيضُ عَلمْنَا أَنَّ الشَّهْرَ قَائمٌ مَقَامَ الحَيْضِ لا غَيْرَ؛ لأَنَّ الخَلفَ إنَّمَا يَعْمَلُ فِيمَا يَعْمَلُ فِيه الأَصْلُ، وَاشْترَاطُ الحَيْضِ مَعَ الطُّهْرِ فِي ثَلاث حِيَضٍ إنَّمَا كَانَ لتَحَقُّقِ عَدَدِ الثَّلاثِ لا لذَاتِ الطُّهْرِ عَلى مَا ذُكرَ فِي المَبْسُوط، وَلوْ كَانَ لذَاته لا يُشْتَرَطُ فِيمَا لا يُشْتَرَطُ فِيه العَدَدُ منْ الحَيْضِ فَكَانُوا مَحْجُوجِينَ بِمَا قُلنَا إلى هَذَا لَفْظُهُ لَيْسَ بشَيْءٍ كَمَا تَرَى،؛ لأَنَّ إلزَامَ الحُجَّة عَلى أَحَد المُخْتَلفِينَ لا يَكُونُ فَائدَةَ الاخْتلاف، إذْ البَديهَةُ تَشْهَدُ بِأَنَّ غَرَضَ الإنْسَان منْ الاخْتلاف فِي مَسْأَلةٍ لا يَكُونُ إلزَامَ الحُجَّة عَلى

الخَصْمِ. قَال: (ثُمَّ إنْ كَانَ الطَّلاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ) إذَا كَانَ إيقَاعُ الطَّلاقِ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ القَائِمَةُ مَقَامَ الحَيْضِ بِالأَهِلَّةِ كَامِلةً كَانَتْ أَوْ نَاقِصَةً، وَإِنْ كَانَ فِي وَسَطِهِ فَبِالأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ بَيْنَ طَلاقَيْ السُّنَّةِ، وَذَلِكَ ثَلاثُونَ يَوْمًا بِالاتِّفَاقِ، وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يُحْكَمُ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ إلا بِتَمَامِ تِسْعِينَ يَوْمًا مِنْ وَقْتِ الطَّلاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَكْمُلُ الأَوَّلُ بِالأَخِيرِ وَالمُتَوَسِّطَانِ بِالأَهِلَّةِ (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الإِجَارَاتِ) عَلَى مَا سَيَأْتِي إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَال: (وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا) أَيْ: الآيِسَةَ أَوْ الصَّغِيرَةَ (وَلا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلاقِهَا بِزَمَانٍ).

قَال شَمْسُ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيُّ: وَكَانَ شَيْخُنَا يَقُولُ: هَذَا إذَا كَانَتْ صَغِيرَةً لا يُرْجَى مِنْهَا الحَيْضُ وَالحَبَلُ، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ صَغِيرَةً يُرْجَى مِنْهَا الحَيْضُ وَالحَبَلُ فَالأَفْضَلُ أَنْ يُفْصَلَ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلاقِهَا بِشَهْرٍ، وَلا مُنَافَاةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْلِ المُصَنِّفِ؛ لأَنَّ الأَفْضَلِيَّةَ لا تُنَافِي الجَوَازَ (وَقَال زُفَرُ: يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِشَهْرٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الحَيْضِ) فِيمَنْ لا تَحِيضُ، وَفِيهَا يُفْصَلُ بَيْنَ طَلاقِهَا وَوَطْئِهَا بِحَيْضَةٍ فَكَذَا هَاهُنَا بِشَهْرٍ، وَلأَنَّ الرَّغْبَةَ تُعْتَبَرُ بِالجِمَاعِ فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ إذَا جُومِعَتْ فِي الطُّهْرِ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ الرَّغْبَةُ بِزَمَانٍ فَلا بُدَّ مِنْهُ وَهُوَ الشَّهْرُ، (وَلَنَا أَنَّهُ لا يُتَوَهَّمُ الحَبَلُ فِيهَا) أَيْ: فِي الَّتِي نَحْنُ فِيهَا مِنْ الآيِسَةِ أَوْ الصَّغِيرَةِ، (وَالكَرَاهِيَةُ) أَيْ كَرَاهِيَةُ الطَّلاقِ بَعْدَ الجِمَاعِ (فِي ذَوَاتِ الحَيْضِ كَانَتْ بِاعْتِبَارِ الحَبَلِ؛ لأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يُشْتَبَهُ وَجْهُ العِدَّةِ) فَلا يَدْرِي أَنَّ انْقِضَاءَهَا يَكُونُ بِوَضْعِ الحَمْلِ أَوْ بِانْقِضَاءِ المُدَّةِ، (قَوْلُهُ: وَالرَّغْبَةُ وَإِنْ كَانَتْ تَفْتُرُ مِنْ الوَجْهِ الَّذِي ذُكِرَ) جَوَابُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ الرَّغْبَةَ بِالجِمَاعِ تَفْتُرُ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ جِهَةَ الرَّغْبَةِ وَالفُتُورِ لَمَّا تَعَارَضَتَا تَسَاقَطَتَا بِالمُعَارَضَةِ فَرَجَعْنَا إلَى الأَصْلِ وَهُوَ أَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلاقِ الحَظْرُ لِمَا مَرَّ فَيَحْرُمُ عَدَمُ الفَصْلِ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلاقِهَا، وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لأَنَّ الأَصْلَ لا مَدْخَلَ لَهُ فِي إيجَابِ الفَصْلِ بَيْنَ الوَطْءِ وَالطَّلاقِ لِذَاتِهِ، وَإِنَّمَا تَأْثِيرُهُ أَنْ لا يَقَعَ الطَّلاقُ أَصْلا أَوْ لا يَتَكَرَّرُ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَإِنَّمَا المَدْخَلُ فِي ذَلِكَ لِدَلِيلِ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ، وَقَدْ سَقَطَتْ جِهَةُ الرَّغْبَةِ بِالمُعَارَضَةِ فَيَنْتَفِي الحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الدَّائِرُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الفَصْلُ.

(وَطَلَاقُ الحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الجِمَاعِ)؛ لأَنَّهُ لا يُؤَدِّي إلى اشتِبَاهِ وَجهِ العِدَّةِ، وَزَمَانُ الحَبَلِ زَمَانُ الرَّغبَةِ فِي الوَطءِ لكَونِهِ غَيرَ مُعَلَّقٍ أَو يَرغَبُ فِيهَا لِمَكَانِ وَلَدِهِ مِنهَا فَلا تَقِلُّ الرَّغبَةُ بِالجِمَاعِ (وَيُطَلِّقُهَا للسُّنَّةِ ثَلاثًا يَفصِلُ بَينَ كُلِّ تَطلِيقَتَينِ بِشَهرٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ) وَزُفَرُ (لا يُطَلِّقُهَا للسُّنَّةِ إلا وَاحِدَةً) لأَنَّ الأَصلَ فِي الطَّلاقِ الحَظرُ، وَقَد وَرَدَ الشَّرعُ بِالتَّفرِيقِ عَلَى فُصُولِ العِدَّةِ، وَالشَّهرُ فِي حَقِّ الحَامِلِ لَيسَ مِن فُصُولِهَا فَصَارَ كَالمُمتَدِّ طُهرُهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الإِبَاحَةَ بِعِلَّةِ الحَاجَةِ وَالشَّهرُ دَلِيلُهَا كَمَا فِي حَقِّ الآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّدِ الرَّغبَةِ عَلَى مَا عَلَيهِ الجِبِلَّةُ السَّلِيمَةُ فَصَلَحَ عِلمًا وَدَلِيلا، بِخِلافِ المُمتَدِّ طُهرُهَا؛ لأَنَّ العِلمَ فِي حَقِّهَا إنَّمَا هُوَ الطُّهرُ وَهُوَ مَرجُوٌّ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلا يُرجَى مَعَ الحَبَلِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَطَلاقُ الحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الجمَاعِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ: (وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّفْرِيقِ عَلى فُصُولِ العدَّة) يَعْنِي: قَوْله تَعَالَى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١] قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: أَيْ: لأَطْهَارِ عِدَّتِهِنَّ، فَفِي ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ فُرِّقَ عَلَى الأَطْهَارِ، وَفِي حَقِّ الآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ عَلَى الأَشْهُرِ لأَنَّهَا فِي حَقِّهِنَّ كَالأَقْرَاءِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الحَيْضِ، وَالشَّهْرُ فِي حَقِّ الحَامِلِ لَيْسَ مِنْ فُصُولِ العِدَّة؛ لأَنَّ مُدَّةَ الحَمْلِ وَإِنْ طَالَتْ فَهُوَ طُهْرٌ وَاحِدٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا؛ أَلا تَرَى أَنَّ انْقِضَاءَ العِدَّة لا يَتَعَلَّقُ بِهَا فَصَارَ كَالمُمْتَدِّ طُهْرُهَا فَإِنَّ طُهْرَهَا وَإِنْ امْتَدَّ شُهُورًا فَهُوَ فَصْلٌ وَاحِدٌ لا تُفَرَّقُ التَّطْلِيقَاتُ فِيه.

وَلَهُمَا أَنَّ إبَاحَةَ الطَّلاقِ للحَاجَة لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الأَصْلَ فِيه الحَظْرُ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ عِنْدَ الحَاجَة إلى الخَلاصِ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ التَّقَصِّي عَنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّة، وَالشَّهْرُ دَلِيلُ الحَاجَة كَمَا فِي حَقِّ الآيِسَة وَالصَّغِيرَة، وَهَذَا أَيْ: كَوْنُ الشَّهْرِ دَلِيلا فِي حَقِّ الحَامِلِ كَمَا فِي حَقِّ الآيِسَة وَالصَّغِيرَة؛ لأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّد الرَّغْبَة عَلى مَا عَلَيْه الجبلَّةُ السَّلِيمَةُ فَصَلُحَ أَنْ يَكُونَ عَلمًا وَدَلِيلا عَلى وُجُود الحَاجَة، (وَالحُكْمُ يُدَارُ عَلى دَلِيلهَا) فَإِذَا وُجِدَ وُجِدَ مَا أُبِيحَ لأَجْله الطَّلاقُ فَيَكُونُ مُبَاحًا.

وَقَوْلُهُ: (بخلاف المُمْتَدِّ طُهْرُهَا) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ قَوْل مُحَمَّد بالفَرْق بِأَنَّ هُنَاكَ لا يَصْلُحُ الشَّهْرُ أَنْ يَكُونَ عَلمًا؛ لأَنَّ العَلَمَ عَلى الحَاجَة فِي حَقِّهَا الطُّهْرُ: أَيْ: تُجَدِّدُهُ

وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَانٍ؛ لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ تَحِيضَ فَتَطْهُرَ، وَلا يُرْجَى تَجَدُّدُ الطُّهْرِ مَعَ الحَمْلِ؛ لأَنَّ الحَامِلَ لا تَحِيضُ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحيَضِ وَقَعَ الطَّلاقُ)؛ لأَنَّ النَّهيَ عَنهُ لِمَعنًى فِي غَيرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ فَلا يَنعَدِمُ مَشرُوعِيَّتُهُ (وَيُستَحَبُّ لهُ أَن يُرَاجِعَهَا) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لعُمَرَ «مُر ابنَك فَليُرَاجِعهَا»[1] وَقَد طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الحيَضِ. وَهَذَا يُفِيدُ الوُقُوعَ وَالحَثَّ علَى الرَّجعَةِ ثُمَّ الاستِحبَابُ قَولُ بَعضِ المَشَايِخِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلا بِحَقِيقَةِ الأَمرِ وَرَفعًا للمَعصِيَةِ بِالقَدرِ المُمكِنِ بِرَفعِ أَثَرِهِ وَهُوَ العِدَّةُ وَدَفعًا لضَرَرِ تَطوِيلِ العِدَّةِ. قَال (فَإِذَا طَهُرَت وَحَاضَت ثُمَّ طَهُرَت)، فَإِن شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِن شَاءَ أَمسَكَهَا. قَالَ: وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَصلِ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي الطُّهرِ الَّذِي يَلِي الحَيضَةَ الأُولى. قَال أَبُو الحَسَنِ الكَرخِيُّ (مَا ذَكَرَهُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَا ذَكَرَ فِي الأَصلِ قَولُهُمَا) وَوَجهُ المَذكُورِ فِي الأَصل أَنَّ السُّنَّةَ أَن يَفصِلَ بَينَ كُلِّ طَلاقَينِ بِحَيضَةٍ وَالفَاصِلُ هَاهُنَا بَعضُ الحَيضَةِ فَتَكمُلُ بِالثَّانِيَةِ وَلا تَتَجزَّأُ فَتَتَكَامَلُ. وَجهُ القَولِ الآخَرِ أَنَّ أَثَرَ الطَّلاقِ قَد انعَدَمَ بِالمُرَاجَعَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لم يُطَلِّقهَا فِي الحَيضِ فَيُسَنُّ تَطلِيقُهَا فِي الطُّهرِ الَّذِي يَلِيهِ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَة الْحَيْضِ وَقَعَ الطَّلاقُ وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا)، أَمَّا الوُقُوعُ فَلأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ لَمعْنًى فِي غَيْرِه وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا: يَعْنِي مِنْ قَوْله: لأَنَّ المُحَرَّمَ تَطْوِيلُ العدَّة فَإنَّ الْحَيْضَةَ الَّتِي يَقَعُ فِيهَا الطَّلاقُ لا تَكُونُ مَحْسُوبَةً مِنْهَا فَتَطُولُ العدَّةُ عَلَيْهَا. نَقَل صَاحبُ النِّهَايَة عَنْ شَيْخه أَنَّ المُرَادَ بِالنَّهْيِ هَاهُنَا هُوَ النَّهْيُ المُسْتَفَادُ منْ ضدِّ الأَمْرِ المَذْكُورِ فِي قَوْله تَعَالَى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ أَيْ: لأَطْهَارِ عدَّتهنَّ أَوْ الأَمْرُ المَذْكُورُ فِي قَوْله: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لعُمَرَ «**مُرْ ابْنَك فَلْيُرَاجِعْهَا**» لَمَّا أَنَّهُ كَانَ مَأْمُورًا بِرَفْعِ الطَّلاقِ الوَاقِعِ فِي حَال الْحَيْضِ لأَجْلِ الْحَيْضِ كَانَ مَنْهِيًّا عَنْ إيقَاعه فِي حَالة الْحَيْضِ.

وَقَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ: المُرَادُ بِالنَّهْيِ قَوْله تَعَالَى ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم في الطلاق (١)، وانظر نصب الراية (٣/٢٩٤).

[البقرة: ٢٣١] وَالنَّهْيُ إذَا كَانَ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ لا يَمْنَعُ الْمَشْرُوعِيَّةَ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ. وَأَمَّا الاسْتِحْبَابُ فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِعُمَرَ: «**مُرْ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا**» وَقَدْ كَانَ طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الحَيْضِ، (وَهَذَا) الحَدِيثُ (يُفِيدُ الوُقُوعَ) بِاقْتِضَائِهِ (وَالحَثُّ عَلَى الرَّجْعَةِ) بِعِبَارَتِهِ.

قَال المُصَنِّفُ: (ثُمَّ الاسْتِحْبَابُ قَوْلُ بَعْضِ المَشَايِخِ) وَوَجْهُهُ أَنَّ أَدْنَى الأَمْرِ الاسْتِحْبَابُ فَيُصْرَفُ إلَيْهِ بِقَرِينَةِ أَنَّ الرَّجْعَةَ حَقٌّ لهُ وَلا وُجُوبَ عَلى الإِنْسَانِ فِيمَا هُوَ حَقُّهُ، (وَالأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلا بِحَقِيقَةِ الأَمْرِ) قِيل: الأَمْرُ لِعُمَرَ وَحَقِيقَةُ الوُجُوبِ عَلى عُمَرَ أَنْ يَأْمُرَ ابْنَهُ بِذَلِكَ، وَلا دَلالَةَ فِي ذَلِكَ عَلى الوُجُوبِ عَلى ابْنِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِعْل النَّائِبِ كَفِعْل المَنُوبِ فَصَارَ كَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِذَلِكَ فَثَبَتَ الوُجُوبُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال فَلْيُرَاجِعْهَا أَمْرٌ لابْنِ عُمَرَ فَتَجِبُ عَلَيْهِ المُرَاجَعَةُ.

وَقَوْلُهُ: (وَرَفْعًا لِلمَعْصِيَةِ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ: عَمَلا؛ وَذَلِكَ لأَنَّ رَفْعَ المَعْصِيَةِ وَاجِبٌ، وَرَفْعُهَا بَعْدَ وُقُوعِهَا إنَّمَا هُوَ بِرَفْعِ أَثَرِهِ أَيْ: أَثَرِ الطَّلاقِ الَّذِي هُوَ مَعْصِيَةٌ وَهُوَ العِدَّةُ وَدَفْعًا لِضَرَرِ تَطْوِيل العِدَّةِ بِرَفْعِهَا بِالمُرَاجَعَةِ. وَقَوْلُهُ: (قَال) يَعْنِي القُدُورِيَّ: (فَإِذَا طَهُرَتْ) يَعْنِي بَعْدَ المُرَاجَعَةِ (وَحَاضَتْ ثُمَّ طَهُرَتْ، فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا) قَال المُصَنِّفُ: (وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَصْل، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُطَلِّقُهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي الحَيْضَةَ).

وَوَفَّقَ الكَرْخِيُّ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ فَقَال: مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الأَصْل قَوْلُهُمَا وَالمُصَنِّفُ ذَكَرَ وَجْهَ كُلٍّ مِنْهُمَا وَلَمْ يَرْجِعْ إلى الحَدِيثِ المَرْوِيِّ فِي البَابِ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ الرِّوَايَتَيْنِ مَرْوِيَّةٌ فِي الحَدِيثِ.

رَوَى البُخَارِيُّ مُسْنَدًا إلى نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُول اللَّهِ ﷺ قَال لِعُمَرَ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْل أَنْ يَمَسَّ**»، وَهَذَا يَدُلُّ عَلى رِوَايَةِ الأَصْل.

وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ فِي جَامِعِهِ مُسْنَدًا إلى سَالِمٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَال لِعُمَرَ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُطَلِّقْهَا إذَا طَهُرَتْ**» وَهَذَا يَدُلُّ عَلى رِوَايَةِ الطَّحَاوِيِّ، وَإِذَا تَعَارَضَتْ الرِّوَايَتَانِ ذَهَبَ المُصَنِّفُ إلى بَيَانِ وَجْهِهِمَا بِالمَعَانِي الفِقْهِيَّةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَمَن قَال لامرأَتِهِ وَهِيَ مِن ذَوَاتِ الحيَضِ وَقَد دَخَل بِهَا: أَنتِ طَالقٌ ثَلاثًا للسُّنَّةِ وَلا نِيَّةَ لهُ فَهِيَ طَالقٌ عِندَ كُلِّ طُهرٍ تَطليقَةً)؛ لأَنَّ اللامَ فِيهِ للوَقتِ وَوَقتُ السُّنَّةِ طُهرٌ لا جِمَاعَ فِيهِ (وَإِن نَوَى أَن تَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعَةَ أَو عِندَ رَأسِ كُلِّ شَهرٍ وَاحِدَةً فَهُوَ عَلى مَا نَوَى) سَوَاءٌ كَانَت فِي حَالَةِ الحَيضِ أَو فِي حَالَةِ الطُّهرِ.

وَقَال زُفَرُ: لا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمعِ لأَنَّهُ بِدعَةٌ وَهِيَ ضِدُّ السُّنَّةِ. وَلنَا أَنَّهُ مُحتَمِلٌ لفظَهُ؛ لأَنَّهُ سُنِّيٌّ وُقُوعًا مِن حَيثُ إِنَّ وُقُوعَهُ بِالسُّنَّةِ لا إِيقَاعًا فَلم يَتَنَاوَلهُ مُطلقُ كَلامِهِ وَيَنتَظِمُهُ عِندَ نِيَّتِهِ (وَإِن كَانَت آيِسَةً أَو مِن ذَوَاتِ الأَشهُرِ وَقَعَت السَّاعَةَ وَاحِدَةٌ وَبَعدَ شَهرٍ أُخرَى وَبَعدَ شَهرٍ أُخرَى)؛ لأَنَّ الشَّهرَ فِي حَقِّهَا دَليلُ الحَاجَةِ كَالطُّهرِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الأَقرَاءِ عَلى مَا بَيَّنَّا (وَإِن نَوَى أَن يَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعَةَ وَقَعنَ عِندَنَا خِلافًا لزُفَرَ لمَا قُلنَا) بِخِلافِ مَا إِذَا قَال أَنتِ طَالقٌ للسُّنَّةِ وَلم يَنُصَّ عَلى الثَّلاثِ حَيثُ لا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمعِ فِيهِ؛ لأَنَّ نِيَّةَ الثَّلاثِ إِنَّمَا صَحَّت فِيهِ مِن حَيثُ إِنَّ اللامَ فِيهِ للوَقتِ فَيُفِيدُ تَعمِيمَ الوَقتِ وَمِن ضَرُورَتِهِ تَعمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ، فَإِذَا نَوَى الجَمعَ بَطَل تَعمِيمُ الوَقتِ فَلا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَمَنْ قَال لامْرَأَتِه) اعْلَمْ أَنَّ مَنْ قَال لَمدْخُول بِهَا: أَنْت طَالقٌ ثَلاثًا للسُّنَّة، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ منْ ذَوَات الأَقْرَاء أَوْ الأَشْهُر، وَكُلٌّ وَاحد منْهُمَا عَلى وَجْهَيْن: إمَّا أَنْ يَذْكُرَ ذَلكَ وَلا نيَّةَ له، أَوْ نَوَى شَيْئًا، فَإنْ كَانَتْ منْ ذَوَات الأَقْرَاء وَلا نيَّةَ لهُ فَهيَ طَالقٌ عنْدَ كُلِّ طُهْر تَطْليقَةً، وَإنْ نَوَى الثَّلاثَ السَّاعَةَ أَوْ عنْدَ رَأْس كُلِّ شَهْر وَاحدَةً فَهُوَ عَلى مَا نَوَى، سَوَاءٌ كَانَتْ تلكَ السَّاعَةُ حَالةَ الحَيْض أَوْ حَالةَ الطُّهْر، وَكَذَا رَأْسُ كُلِّ شَهْر.

وَقَال زُفَرُ: لا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمْع؛ لأَنَّهُ بدْعَةٌ وَهيَ ضدُّ السُّنَّة وَضدُّ الشَّيْء لا يُرَادُ به.

وَلنَا أَنَّ اللامَ فيه أَيْ: في قَوْله للسُّنَّة للوَقْت، وَالسُّنَّةُ تَكُونُ تَارَةً كَاملةً إيقَاعًا وَوُقُوعًا وَتَارَةً وُقُوعًا فَقَطْ، فَكَانَ كُلٌّ منْهُمَا مُحْتَملا، فَإذَا لمْ يَكُنْ لهُ نيَّةٌ كَانَ مُطْلقًا، وَالمُطْلقُ يَنْصَرفُ إلى الكَامل وَهُوَ السُّنَّةُ إيقَاعًا وَوُقُوعًا فَيَقَعُ عنْدَ كُلِّ طُهْر لا جمَاعَ فيه تَطْليقَةٌ، وَإذَا نَوَى صَرْفَ لفْظه إلى السُّنَّة وُقُوعًا لأَنَّ وُقُوعَ الثَّلاث دَفْعَةً أَوْ في حَالة الحَيْض مَذْهَبُ أَهْل السُّنَّة، فَهُوَ سُنِّيٌّ منْ هَذَا الوَجْه، وَمنْ حَيْثُ إنَّهُ عَرَفَ صحَّةَ وُقُوعه بالسُّنَّة وَهُوَ مَا رُويَ عَنْ النَّبيِّ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَنَّهُ قَال: «مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلفًا

بَانَتْ مِنْهُ بِثَلاثٍ وَالبَاقِي رَدٌّ عَلَيْه».

فَإِنْ قِيلَ: الوُقُوعُ لا يَتَحَقَّقُ إلا بِالإِيقَاعِ؛ لأَنَّهُ انْفِعَالُهُ فَإِذَا صَحَّ الوُقُوعُ صَحَّ الإِيقَاعُ فَكَانَ سُنِّيًّا وُقُوعًا وَإِيقَاعًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الوُقُوعَ لا يُوصَفُ بِالحُرْمَةِ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلَ المُكَلَّفِ، وَلأَنَّهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ وَهُوَ لا يُوصَفُ بِالبِدْعَةِ وَالإِيقَاعُ يُوصَفُ بِهَا لِكَوْنِهِ فِعْلَ المُكَلَّفِ، وَكَانَ الوُقُوعُ أَشْبَهَ بِالسُّنَّةِ المَرْضِيَّةِ فَلِهَذَا قَالَ: سُنِّيٌّ وُقُوعًا، (وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الأَشْهُرِ) وَلَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ (وَقَعَتْ السَّاعَةَ وَاحِدَةٌ وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَى؛ لأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا دَلِيلُ الحَاجَةِ) عَلَى مَا بَيَّنَّا قَبْلَ هَذَا أَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيْضِ.

(وَإِنْ نَوَى أَنْ يَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعَةَ وَقَعْنَ عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ لِمَا قُلْنَا) إِنَّهُ سُنِّيٌّ وُقُوعًا، وَإِذَا قَالَ: **أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَلَمْ يَنُصَّ عَلَى الثَّلاثِ،** إِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً لَمْ يُجَامِعْهَا وَقَعَ فِي الحَالِ، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا أَوْ فِي طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ لَمْ يَقَعْ السَّاعَةَ، فَإِذَا حَاضَتْ وَطَهُرَتْ وَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ؛ لأَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ إِيقَاعُ تَطْلِيقَةٍ مُخْتَصَّةٍ بِالسُّنَّةِ المُعَرَّفَةِ بِاللامِ وَهِيَ تِلْكَ.

وَإِنْ نَوَى ثَلاثًا جُمْلَةً قَالَ المُصَنِّفُ لا تَصِحُّ، قِيلَ هَكَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الإِسْلامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَصَاحِبُ المُخْتَلِفَاتِ وَعَلاءُ الدِّينِ السَّمَرْقَنْدِيُّ؛ لأَنَّ نِيَّةَ الثَّلاثِ إِنْ صَحَّتْ فَإِنَّمَا تَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّ اللامَ فِيهِ لِلوَقْتِ، وَوَقْتُ طَلاقِ السُّنَّةِ مُتَعَدِّدٌ فَيُفِيدُ تَعْمِيمَ الوَقْتِ، مِنْ ضَرُورَةِ تَعْمِيمِ الوَقْتِ تَعْمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ؛ لأَنَّهُ جَعَلَ الوَقْتَ ظَرْفًا لِلوَاقِعِ وَقَدْ تَكَرَّرَ الظَّرْفُ فَيَتَكَرَّرُ المَظْرُوفُ، فَإِذَا نَوَى الجَمْعَ بَطَلَ تَعْمِيمُ الوَقْتِ فَيَبْطُلُ تَعْمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ؛ لأَنَّ بُطْلانَ المُقْتَضِي يُوجِبُ بُطْلانَ المُقْتَضَى فَلا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ، بِخِلافِ مَا إِذَا ذَكَرَ ثَلاثًا؛ لأَنَّ الثَّلاثَ مَذْكُورٌ صَرِيحًا فَتَصِحُّ نِيَّتُهُ.

وَذَكَرَ صَاحِبُ الأَسْرَارِ وَشَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ وَشَيْخُ الإِسْلامِ أَنَّ نِيَّةَ الثَّلاثِ صَحِيحَةٌ جُمْلَةً كَمَا لَوْ ذَكَرَ ثَلاثًا؛ **لأَنَّ التَّطْلِيقَةَ المُخْتَصَّةَ بِالسُّنَّةِ المُعَرَّفَةِ بِاللامِ نَوْعَانِ:** حَسَنٌ، وَأَحْسَنُ. فَالأَحْسَنُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لا جِمَاعَ فِيهِ. وَالحَسَنُ أَنْ يُطَلِّقَ الثَّلاثَ فِي ثَلاثَةِ أَطْهَارٍ، فَإِذَا نَوَى الثَّلاثَ فَقَدْ نَوَى أَحَدَ نَوْعَيْ التَّطْلِيقَةِ المُخْتَصَّةِ بِالسُّنَّةِ فَتَصِحُّ نِيَّتُهُ، كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ أَوْ طَلاقًا لِلسُّنَّةِ. كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ. وَفِيهِ

نَظَرٌ؛ لأَنَّ المُدَّعَى وُقُوعُهَا جُمْلَةً، وَدَليلُهُ يَدُلُّ عَلى التَّفْريقِ عَلى الأَطْهَارِ كَمَا تَرَى.

وَنَقَل قَاضِي خَانْ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْ الأَصْلِ أَنَّهُ يَقَعُ جُمْلَةً كَمَا لوْ ذَكَرَ ثَلاثًا، وَفِيه نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ يَسْتَلزِمُ التَّسَاوِي بَيْنَ العِبَارَةِ وَالاقْتِضَاءِ فِي العُمُومِ وَهُوَ خِلافُ المَذْهَبِ، فَإِنَّ المُقْتَضِيَ لا عُمُومَ لهُ عِنْدَنَا، وَلعَلَّهُ سَبَبُ اخْتِيَارِ المُصَنِّفِ عَدَمَ الوُقُوعِ جُمْلَةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ

(وَيَقَعُ طَلاقُ كُلِّ زَوجٍ إِذَا كَانَ عَاقِلًا بَالغًا، وَلا يَقَعُ طَلاقُ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ وَالنَّائِمِ) لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «كُلُّ طَلاقٍ جَائِزٌ إِلا طَلاقَ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ»[1] وَلأَنَّ الأَهليَّةَ بِالعَقلِ المُمَيِّزِ وَهُمَا عَدِيمَا العَقلِ وَالنَّائِمُ عَدِيمُ الاختِيَارِ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا ذَكَرَ طَلاقَ السُّنَّةِ؛ لأَنَّهُ الأَصْلُ وَذَكَرَ مَا يُقَابِلُهُ مِنْ طَلاقِ البِدْعَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَنْ يَقَعُ طَلاقُهُ وَمَنْ لا يَقَعُ، (وَيَقَعُ طَلاقُ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ بَالغٍ دُونَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالنَّائِمِ لقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**كُلُّ طَلاقٍ جَائِزٌ إلا طَلاقَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ**») .

وَالمُرَادُ بِالجَوَازِ النَّفَاذُ دُونَ الحِلِّ الَّذِي يُقَابِلُ الحُرْمَةَ؛ لأَنَّ فِعْلَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ لا يُوصَفُ بِالحُرْمَةِ فِي المُعَامَلاتِ، وَالنُّفُوذُ بِالوُقُوعِ، فَمَعْنَاهُ: كُلُّ طَلاقٍ نَافِذٌ إِلا طَلاقَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، وَلأَنَّ أَهْلِيَّةَ التَّصَرُّفِ بِالعَقْلِ المُمَيِّزِ وَلا عَقْلَ للصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، أَمَّا المَجْنُونُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَلأَنَّ المُرَادَ بِهِ مَا هُوَ المُعْتَدِلُ مِنْهُ، وَالصَّبِيُّ وَإِنْ اتَّصَفَ بِالعَقْلِ حَتَّى صَحَّ **إِسْلامُ الصَّبِيِّ العَاقِلِ** لكِنَّهُ لَيْسَ بِمُعْتَدِلٍ قَبْلَ البُلُوغِ فَلا يُعْتَبَرُ فِيمَا لهُ فِيهِ مَضَرَّةٌ، (وَالنَّائِمُ عَدِيمُ الاخْتِيَارِ) فِي التَّكَلُّمِ، وَشَرْطُ التَّصَرُّفِ الاخْتِيَارُ فِيه.

(وَطَلاقُ المُكرَهِ وَاقِعٌ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ إِنَّ الإِكرَاهَ لا يُجَامِعُ الاختِيَارَ وَبِهِ يُعتَبَرُ التَّصَرُّفُ الشَّرعِيُّ، بِخِلافِ الهَازِلِ؛ لأَنَّهُ مُختَارٌ فِي التَّكَلُّمِ بِالطَّلاقِ. وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلاقِ فِي مَنكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهلِيَّتِهِ فَلا يَعرَى عَن قَضِيَّتِهِ دَفعًا لحَاجَتِهِ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٩٦): حديث غريب.

اعتبَارًا بالطَّائِعِ، وَهَذَا؛ لأنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّينِ وَاختَارَ أَهونَهُمَا، وَهَذَا آيَةُ القَصدِ وَالاختِيَارِ، إلا أَنَّهُ غَيرُ رَاضٍ بِحُكمِهِ وَذَلكَ غَيرُ مُخِلٍ بِهِ كَالهَازِلِ.

الشرح:

(وَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَاقِعٌ خِلافًا للشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: إنَّ الإِكْرَاهَ لا يُجَامِعُ الاخْتِيَارَ) لِإِفْسَادِهِ إِيَّاهُ، وَاعْتِبَارُ التَّصَرُّفِ الشَّرْعِيِّ إِنَّمَا هُوَ بِالاخْتِيَارِ (بِخِلافِ الهَازِلِ فَإِنَّهُ مُخْتَارٌ) فَكَانَ شَرْطُ التَّصَرُّفِ فِيهِ مَوْجُودًا، وَقُيِّدَ بِقَوْلِهِ فِي التَّكَلُّمِ بِالطَّلَاقِ إِشَارَةً إِلى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ ذَلِكَ، أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ لامْرَأَتِهِ: اسْقِنِي فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَقَعَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخْتَارًا لِحُكْمِهِ لِكَوْنِهِ مُخْتَارًا فِي التَّكَلُّمِ؟ (وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ فَلا يَعْرَى عَنْ قَضِيَّتِهِ) أَيْ: حُكْمِهِ لِئَلا يَلْزَمَ تَخَلُّفُ الْحُكْمِ عَنْ عِلَّتِهِ.

وَقَوْلُهُ: قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ احْتِرَازٌ عَنْ الإِقْرَارِ بِهِ مُكْرَهًا فَإِنَّهُ لَغْوٌ لِكَوْنِهِ خَبَرًا يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالكَذِبَ، وَقِيَامُ السَّيْفِ عَلَى رَأْسِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَاذِبٌ فِيهِ، وَالْمُخْبَرُ عَنْهُ إِذْ كَانَ كَذِبًا فَبِالإِخْبَارِ عَنْهُ لا يَصِيرُ صِدْقًا.

وَقَوْلُهُ: فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ احْتِرَازٌ عَنْ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ. وَتَقْرِيرُ حُجَّتِهِ أَنَّ الْمُكْرَهَ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ؛ لأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّيْنِ الهَلاكَ وَالطَّلَاقَ وَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، وَاخْتِيَارُ أَهْوَنِ الشَّرَّيْنِ آيَةُ القَصْدِ وَالاخْتِيَارِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ قَصَدَ إِيقَاعَهُ كَذَلِكَ لا يَعْرَى فِعْلُهُ عَنْ حُكْمِهِ كَمَا فِي الطَّائِعِ؛ إِذْ العِلَّةُ فِيهِ دَفْعُ الْحَاجَةِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الْمُكْرَهِ لِحَاجَتِهِ أَنْ يَتَخَلَّصَ عَمَّا تُوُعِّدَ بِهِ مِنْ القَتْلِ أَوْ الْجُرْحِ.

وَقَوْلُهُ: إلا أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ الْمُكْرَهُ مُخْتَارًا لَمَا كَانَ لَهُ اخْتِيَارُ فَسْخِ العُقُودِ الَّتِي بَاشَرَهَا مُكْرَهًا مِنْ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالإِجَارَةِ وَغَيْرِهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ فَكَانَ لَهُ فَسْخُ العُقُودِ وَأَمَّا هَاهُنَا فَعَدَمُ الرِّضَا بِالْحُكْمِ غَيْرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالهَازِلِ وَهُوَ الَّذِي يَقْصِدُ السَّبَبَ دُونَ الْحُكْمِ.

فَإِنْ قِيلَ: بَيْنَ الْمُكْرَهِ وَالهَازِلِ فَرْقٌ وَهُوَ يُبْطِلُ القِيَاسَ؛ وَذَلِكَ لأَنَّ الْمُكْرَهَ لَهُ اخْتِيَارٌ فَاسِدٌ وَلِلهَازِلِ اخْتِيَارٌ كَامِلٌ، وَالفَاسِدُ فِي حُكْمِ العَدَمِ فَلا يَلْزَمُ مِنْ الوُقُوعِ فِي الهَازِلِ الوُقُوعُ فِي الْمُكْرَهِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الهَازِل اخْتِيَارًا كَامِلا فِي السَّبَب، أَمَّا فِي حَقِّ الحُكْمِ وَهُوَ المَقْصُودُ مِنْ السَّبَب فَلا اخْتِيَارَ لهُ أَصْلا فَكَانَ اخْتِيَارُ الهَازِل أَيْضًا غَيْرَ كَامِلٍ بِالنَّظَرِ إلى الحُكْمِ فَكَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فَكَانَ اعْتِبَارُ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ جَائِزًا.

(وَطَلاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ) وَاخْتِيَارُ الكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لا يَقَعُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّ صِحَّةَ القَصْدِ بِالعَقْل وَهُوَ زَائِلُ العَقْل فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالبَنْجِ وَالدَّوَاءِ. وَلَنَا أَنَّهُ زَال (بِسَبَبٍ هُوَ مَعْصِيَةٌ فَجُعِل بَاقِيًا حُكْمًا زَجْرًا لهُ، حَتَّى لو شَرِبَ فَصُدِعَ وَزَال عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ إنَّهُ لا يَقَعُ طَلاقُهُ).

الشرح:

(وَطَلاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ وَاخْتِيَارُ الكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ عَدَمُهُ) وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ، خَلا أَنَّ فِي كَلامِهِ تَسَامُحًا؛ لأَنَّهُ جَعَل العَقْل زَائِلا بِالسُّكْرِ، وَلَيْسَ كَذَلكَ عِنْدَنَا؛ لأَنَّهُ مُخَاطَبٌ وَلا خِطَابَ بِلا عَقْلٍ بَل هُوَ مَغْلُوبٌ، وَلَمَّا كَانَ المَغْلُوبُ كَالمَعْدُومِ وَأَطْلَقَ الزَّوَال مُجَارَاةً للخَصْمِ لَمْ يَضُرَّهُ ذَلكَ.

وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ شُرْبَ المُسْكِرِ كَسَفَرِ المَعْصِيَةِ فَمَا بَالُ السَّفَرِ صَارَ سَبَبًا للتَّخْفِيفِ دُونَ شُرْبِ المُسْكِرِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ لَمَّا جُعِل العَقْلُ بَاقِيًا فِي الطَّلاقِ حُكْمًا زَجْرًا لهُ كَانَتْ الرِّدَّةُ وَالإِقْرَارُ بِالحُدُودِ الخَالصَةِ أَوْلى؛ لأَنَّ الزَّجْرَ وَالعُقُوبَةَ هُنَاكَ أَتَمُّ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ الشُّرْبَ نَفْسَهُ مَعْصِيَةٌ لَيْسَ فِيهِ إمْكَانُ انْفِصَالٍ وَلا جِهَةُ إبَاحَةٍ تَصْلُحُ لإِضَافَةِ التَّخْفِيفِ إليْهَا فَجُعِل بَاقِيًا زَجْرًا، بِخِلافِ سَفَرِ المَعْصِيَةِ فَإِنَّ نَفْسَ السَّفَرِ لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ وَأَمْكَنَ انْفِصَالُهَا عَنْهُ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، فَكَانَتْ جِهَةُ إبَاحَتِهِ تَصْلُحُ لإِضَافَةِ التَّخْفِيفِ وَالتَّرَخُّصِ إليْهَا.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ **الرُّكْنَ فِي الرِّدَّةِ** الاعْتِقَادُ، وَالسَّكْرَانُ غَيْرُ مُعْتَقِدٍ لِمَا يَقُولُ فَلا يُحْكَمُ بِرِدَّتِهِ لانْعِدَامِ رُكْنِهَا لا للتَّخْفِيفِ عَلَيْهِ بَعْدَ تَقَرُّرِ السَّبَبِ.

وَأَمَّا **الإِقْرَارُ بِالحُدُودِ** فَإِنَّ السَّكْرَانَ لا يَكَادُ يَثْبُتُ عَلى شَيْءٍ فَيُجْعَلُ رَاجِعًا عَمَّا أَقَرَّ بِهِ فَيُؤَثِّرُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ. وَفِي قَوْلهِ: بِسَبَبٍ هُوَ مَعْصِيَةٌ إشَارَةٌ إلى شَيْئَيْنِ:

أَحَدُهُمَا الفَرْقُ بَيْنَ الشُّرْبِ وَسَفَرِ المَعْصِيَةِ كَمَا ذَكَرْنَا.

وَالثَّانِي أَنَّ هَذَا الحُكْمَ مُرَتَّبٌ عَلَى سُكْرٍ يَكُونُ مَحْظُورًا.

وَأَمَّا غَيْرُهُ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِنْ مُبَاحٍ كَالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ وَالخَمْرِ إِذَا أُكْرِهَ عَلَى شُرْبِهَا بِالقَتْلِ فَهُوَ كَالإِغْمَاءِ فِي حَقِّ مَنْعِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ وَأَكَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: (حَتَّى لَوْ شَرِبَ فَصَدَعَ وَزَالَ عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ: إِنَّهُ لا يَقَعُ طَلاقُهُ) لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ زَوَالُهُ بِمَعْصِيَةٍ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الصُّدَاعَ أَثَرُ الشُّرْبِ فَكَانَ عِلَّةَ العِلَّةِ، وَالحُكْمُ يُضَافُ إِلَيْهَا كَمَا يُضَافُ إِلى العِلَّةِ، فَمَا بَالُهُ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِضَافَةَ إِلى العِلَّةِ إِنَّمَا تَكُونُ إِذَا لَمْ تَكُنْ العِلَّةُ صَالِحَةً لِلإِضَافَةِ، وَهَاهُنَا صَالِحَةٌ لِذَلِكَ؛ لأَنَّ زَوَالَ العَقْلِ مِمَّا يُؤَثِّرُ فِي عَدَمِ الوُقُوعِ كَمَا إِذَا جُنَّ.

(وَطَلاقُ الأَخرَسِ وَاقِعٌ بِالإِشَارَةِ)؛ لأَنَّهَا صَارَت مَعهُودَةً فَأُقِيمَت مَقَامَ العِبَارَةِ دَفعًا لِلحَاجَةِ، وَسَتَأتِيكَ وُجُوهُهُ فِي آخِرِ الكِتَابِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَطَلاقُ الأَخْرَسِ وَاقِعٌ) ظَاهِرٌ.

(طَلاقُ الأَمَةِ ثِنتَانِ حُرًّا كَانَ زَوجُهَا أَو عَبدًا، وَطَلاقُ الحُرَّةِ ثَلاثٌ حُرًّا كَانَ زَوجُهَا أَو عَبدًا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: عَدَدُ الطَّلاقِ مُعتَبَرٌ بِحَال الرِّجَال لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الطَّلاقُ بِالرِّجَال وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»[1] وَلأَنَّ صِفَةَ المَالِكِيَّةِ كَرَامَةٌ وَالآدَمِيَّةُ مُستَدعِيَةٌ لهَا، وَمَعنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكمَلُ فَكَانَت مَالِكِيَّتُهُ أَبلغَ وَأَكثَرَ. وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «طَلاقُ الأَمَةِ ثِنتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيضَتَانِ»[2] وَلأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ نِعمَةٌ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٩٨): حديث غريب مرفوعا، ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن عباس، والطبراني في معجمه موقوفا على ابن مسعود، ورواه البيهقي بمختلف أسانيده (٧/٦٠٥- ٦٠٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩) وقال: هذا حديث مجهول، والترمذي (١١٨٢) وقال: حديث غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر بن أسلم لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث، وابن ماجه (٢٠٨٠) عن عائشة.

وأخرجه ابن ماجه (٢٠٧٩) بنحوه من حديث ابن عمر.

وأخرجه أبو داود (٢١٨٧)، والنسائي (٣٤٢٧)، وابن ماجه (٢٠٨٢)، والحاكم (٢/٢٠٥) من حديث ابن عباس، وانظر نصب الراية (٣/٣٠١).

فِي حقِّهَا، وَللرِّقِّ أَثَرٌ فِي تَنصِيفِ النِّعَمِ إلا أَنَّ العُقدَةَ لا تَتجزَّأُ فَتَكَامَلت عُقدَتَانِ، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّ الإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (**وَطَلاقُ الأَمَةِ ثنْتَانِ**) أَنَّثَ الطَّلاقَ باعْتبَارِ التَّطْليقَة وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَوَجْهُ الاسْتدْلال لهُ بقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الطَّلاقُ بالرِّجَال وَالعدَّةُ بالنِّسَاء**» أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَابَلَ الطَّلاقَ بالعدَّة عَلَى وَجْه يَخْتَصُّ كُلُّ وَاحد منْهُمَا بجنْسٍ عَلَى حدَة، ثُمَّ اعْتبَارُ العدَّة بالنِّسَاء منْ حَيْثُ القَدْرُ فَيَجبُ أَنْ يَكُونَ اعْتبَارُ الطَّلاق بالرِّجَال منْ حَيْثُ القَدْرُ تَحْقيقًا للمُقَابَلة؛ وَلأَنَّ صفَةَ المَالكيَّة كَرَامَةٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَرَامَةٌ فَالآدَميَّةُ مُسْتَدْعيَةٌ لَهَا لكَوْنه مُكَرَّمًا بتَكْريم اللَّه، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ [الإسراء: ٧٠]، وَمَعْنَى الآدَميَّة فِي الحُرِّ أَكْمَلُ لصَلاحيَّته لَمَا لا يَصْلُحُ لهُ العَبْدُ منْ الولايَة وَالشَّهَادَة وَلخُلُوصه عَنْ مَعْنَى المَاليَّة الَّتي تَجْعَلُ المَمْلُوكَ في قَرْن البَهَائم مَلزُوزًا، (فَكَانَتْ مَالكيَّتُهُ أَبْلغَ) فَإِنْ قُلت: الدَّليلُ أَخصُّ منْ المُدَّعَى؛ لأَنَّ المُدَّعَى أَنَّ **الطَّلاقَ بالزَّوْج** حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، وَالدَّليلُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ الزَّوْجَ إذَا كَانَ حُرًّا كَانَ مَالكًا.

قُلت: إذَا ثَبتَ ذَلكَ للحُرِّ ثَبتَ للعَبْد لعَدَم القَائل بالفَصْل، وَمَذْهَبُهُ قَوْلُ عُمَرَ وَزَيْد بْنِ ثَابتٍ (وَلنَا قَوْلُهُ: عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**طَلاقُ الأَمَة ثنْتَان وَعدَّتُهَا حَيْضَتَان**») وَوَجْهُ الاسْتدْلال أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلام ذَكَرَ الأَمَةَ فَاللامُ التَّعْريف وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّ مَعْهُودٌ فَكَانَ للجنْس، وَهُوَ يَقْتَضي أَنْ يَكُونَ طَلاقُ هَذَا الجنْس ثنْتَيْن، فَلوْ كَانَ اعْتبَارُ الطَّلاق بالرِّجَال لكَانَ لبَعْض الإمَاء ثنْتَان فَلمْ تَبْقَ اللامُ للجنْس.

فَإِنْ قيل: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بهَا الأَمَةَ تَحْتَ عَبْد عَمَلا بالحَديثَيْن.

أُجيبَ بأَنَّهُ يُفْضي إلى أَنْ يَكُونَ الهَاءُ في "وَعدَّتُهَا" عَائدَةٌ إلَيْهَا فَيَكُونُ تَخْصيصًا لَهَا بكَوْن عدَّتهَا حَيْضَتَيْن، إذْ لا مَرْجعَ للضَّمير سوَاهَا، وَلَيْسَ كَذَلكَ فَإِنَّ **عدَّةَ الأَمَة** حَيْضَتَان سَوَاءٌ كَانَتْ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْد بالاتِّفَاق. وَفيه نَظَرٌ لجَوَاز أَنْ يَكُونَ منْ بَاب الاسْتخْدَام يَكُونُ المُرَادُ بالأَمَة الأَمَةَ تَحْتَ عَبْد، وَالضَّميرُ عَائدٌ إلى مُطْلَق الأَمَة. وَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ خَطَابَةٌ لا تُجْدي في مَقَام الاسْتدْلال؛ (وَلأَنَّ حلَّ المَحَلِّيَّة) أَيْ: حلَّ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ مَحَلَّ النِّكَاح نِعْمَةٌ فِي حَقِّ المَرْأَة؛ لأَنَّهَا تَتَوَصَّلُ بذَلكَ إلى دُرُور النَّفَقَة

وَالكِسْوَةِ وَالسُّكْنَى وَالازْدِوَاجِ وَتَحْصِينِ الفَرْجِ وَغَيْرِهَا، وَمَا هُوَ نِعْمَةٌ فِي حَقِّهَا يَتَنَصَّفُ بِالرِّقِّ، فَإِنَّ لِلرِّقِّ أَثَرًا فِي تَنْصِيفِ النِّعَمِ فِي الرِّجَالِ فَإِنَّ **العَبْدَ لا يَمْلِكُ مِنْ التَّزَوُّجِ مَا فَوْقَ الاثْنَتَيْنِ** فَكَذَا فِي حَقِّ النِّسَاءِ فَإِنَّهَا لا تَتَزَوَّجُ مَعَ الحُرَّةِ وَلا بَعْدَهَا، وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ لا يَمْلِكَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا إلا عُقْدَةً وَنِصْفًا: أَيْ: طَلْقَةً وَنِصْفَ طَلْقَةٍ تَنْقِيصًا لِحِلِّ المَحَلِّيَّةِ، (إلا أَنَّ العُقْدَةَ لا تَتَجَزَّأُ فَتَكَامَلَتْ عُقْدَتَانِ)، وَمَذْهَبُنَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ. وَقَوْلُهُ: (وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ) يَعْنِي قَوْلَهُ: «**الطَّلاقُ بِالرِّجَالِ**» أَنَّ الإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مَعْلُومٌ فَلا يَحْتَاجُ إلى ذِكْرِهِ خَاصَّةً. أُجِيبَ بَل كَانَ إلى ذِكْرِهِ حَاجَةٌ؛ لأَنَّ المَرْأَةَ فِي الجَاهِلِيَّةِ إِذَا كَرِهَتْ الزَّوْجَ غَيَّرَتْ البَيْتَ وَكَانَ ذَلِكَ طَلاقًا مِنْهَا فَرُفِعَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «**الطَّلاقُ بِالرِّجَالِ**».

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبدُ امرَأَةً) بِإِذنِ مَولاهُ وَطَلَّقَهَا (وَقَعَ طَلاقُهُ وَلا يَقَعُ طَلاقُ مَولاهُ عَلى امرَأَتِهِ)؛ لأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبدِ فَيَكُونُ الإِسقَاطُ إِليهِ دُونَ المَولى.

الشرح:

(وَإِذَا تَزَوَّجَ **العَبْدُ امْرَأَةً وَطَلَّقَهَا** وَقَعَ الطَّلاقُ وَلا يَقَعُ طَلاقُ مَوْلاهُ عَلى امْرَأَتِهِ؛ لأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبْدِ) لِكَوْنِهِ مِنْ خَوَاصِّ الآدَمِيَّةِ، وَالعَبْدُ مُبْقًى فِيهَا عَلى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ، فَكَانَ يَجِبُ أَنْ يَمْلِكَ النِّكَاحَ دُونَ إِذْنِ مَوْلاهُ، لكِنْ لَوْ قُلْنَا بِهِ تَضَرَّرَ المَوْلى فِيهِ فَتَرَكْنَاهُ لأَجْلِهِ.

باب إيقاع الطلاق

(الطَّلاقُ عَلى ضَربَينِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ. فَالصَّرِيحُ قَولُهُ: أَنتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقتُكِ فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ الرَّجعِيُّ) لأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ تُستَعمَلُ فِي الطَّلاقِ وَلا تُستَعمَلُ فِي غَيرِهِ فَكَانَ صَرِيحًا وَأَنَّهُ يَعقُبُ الرَّجعَةَ بِالنَّصِّ (وَلا يَفتَقِرُ إلى النِّيَّةِ) لأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ لِغَلَبَةِ الاستِعمَالِ، وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِبَانَةَ لأَنَّهُ قَصَدَ تَنجِيزَ مَا عَلَّقَهُ الشَّرعُ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ فَيُرَدُّ عَلَيهِ. وَلَو نَوَى الطَّلاقَ عَن وِثَاقٍ لم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ لأَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ وَيَدِينُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالى لأَنَّهُ نَوَى مَا يَحتَمِلُهُ. وَلو نَوَى بِهِ الطَّلاقَ عَن العَمَلِ لم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ وَلا فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالى لأَنَّ الطَّلاقَ لِرَفعِ القَيدِ وَهِيَ

غَيرُ مُقَيَّدَةٍ بِالعَمَل. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَدِينُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالى لأَنَّهُ يَستَعمِلُ لِلتَّخليصِ. وَلَو قَالَ: أَنتِ مُطلقَةٌ بِتَسكِينِ الطَّاء لا يَكُونُ طَلاقًا إلا بِالنِّيَّةِ لأَنَّهَا غَيرُ مُستَعمَلَةٍ فِيهِ عُرفًا فَلم يَكُن صَرِيحًا.

الشرح:

(**بَابُ إِيقَاعِ الطَّلاقِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَصْلِ الطَّلاقِ وَوَصْفِه شَرَعَ فِي بَيَانِ تَنْوِيعِهِ فَقَال (الطَّلاقُ) أَيْ التَّطْلِيقُ (**عَلى ضَرْبَيْنِ:** صَرِيحٍ، وَكِنَايَةٍ، فَالصَّرِيحُ قَوْلُهُ أَنْت طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُك يَقَعُ بِهَا طَلاقٌ رَجْعِيٌّ) لِكَوْنِ هَذِهِ الأَلفَاظِ صَرِيحَةً، وَالصَّرِيحُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَهُوَ يُشِيرُ بِتَسْمِيَتِه بَعْلا إلى أَنَّ الطَّلاقَ الرَّجْعِيَّ لا يُبْطِلُ الزَّوْجِيَّةَ. وَرُدَّ بِأَنَّهُ قَال أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ وَالرَّدُّ إِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِيمَا زَال عَنْهُ مِلكُهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ البَعْل فِي اللُّغَة اسْمٌ لِلزَّوْجِ حَقِيقَةً وَهِيَ لا تُتْرَكُ إلا بِدَليلٍ، وَأَمَّا لَفْظُ الرَّدِّ فَقَدْ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا لَمْ يَزُل مِلكُهُ كَالبَائِعِ جَارِيَةً بِالخِيَارِ لهُ وَلِلمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ المِلكُ فِيهَا لِلمُشْتَرِي. ثُمَّ إذَا فَسَخَهُ يُقَالُ رَدَّ الجَارِيَةَ وَإِنْ لَمْ يَزُل عَنْهَا مِلكُ البَائِعِ (وَلا يَفْتَقِرُ إلى النِّيَّة لأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيه) وَالصَّرِيحُ مَا ظَهَرَ المُرَادُ بِهِ ظُهُورًا بَيِّنًا بِكَثْرَةِ الاسْتِعْمَال وَهَذَا كَذَلكَ، وَالصَّرِيحُ يَقُومُ لَفْظُهُ مَقَامَ مَعْنَاهُ فَلا يَفْتَقِرُ إلى النِّيَّة.

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إذَا نَوَى الإِبَانَةَ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله وَإِنَّهُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ: يَعْنِي إنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا، وَكَذَا إذَا نَوَى الإِبَانَةَ لأَنَّهُ خَالفَ الشَّرْعَ حَيْثُ قَصَدَ تَنْجِيزَ مَا عَلَّقَهُ الشَّرْعُ بِانْقِضَاءِ العِدَّة، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وَالإِمْسَاكُ بِالمَعْرُوف هُوَ الرَّجْعَةُ، وَالتَّسْرِيحُ بِالإِحْسَانِ هُوَ تَرْكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ العِدَّةُ. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالى سَمَّى الرَّجْعَةَ إِمْسَاكًا وَالإِمْسَاكُ إِبْقَاءُ الشَّيْءِ عَلى مَا كَانَ، فَمَا دَامَتْ العِدَّةُ بَاقِيَةً كَانَتْ وِلايَةُ الرَّجْعَة بَاقِيَةً، وَإِذَا انْقَضَتْ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ بَانَتْ فَصَارَتْ البَيْنُونَةُ مُعَلَّقَةً بِالانْقِضَاءِ كَذَا قَالُوا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: إنْ سَلَّمْنَا دَلالتَهُ عَلى تَعْلِيقِ البَيْنُونَة بِالانْقِضَاءِ جَازَ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بِه مَا لَمْ يَنْوِ البَيْنُونَةَ فَلمْ يَبْقَ حُجَّةٌ فِيمَا نُوِيَتْ فِيه، وَلوْ قَال لأَنَّ الطَّلاقَ ثَابِتٌ اقْتِضَاءً وَالمُقْتَضِي ضَرُورِيٌّ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالرَّجْعِيِّ فَلا حَاجَةَ إلى البَائِنِ كَانَ أَسْلَمَ، وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْه.

وَقَوْلُهُ: (فَيُرَدُّ عَلَيْهِ) يَعْنِي قَصْدُهُ وَتَقْرِيرُ الحُجَّة لأَنَّهُ قَصَدَ تَقْدِيمَ مَا أَخَّرَ الشَّرْعُ إلى وَقْتٍ وَكُلُّ مَنْ فَعَل ذَلكَ يُرَدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ كَمَا فِي قَتْل المُورَث وَأَصْلُهُ بَقَرَةُ بَنِي إسْرَائِيل (وَلوْ نَوَى الطَّلاقَ عَنْ وَثَاقٍ) بِفَتْحِ الوَاوِ وَهُوَ القَيْدُ وَالكَسْرُ فِيهِ لُغَةٌ (لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ) أَيْ لَمْ يُصَدَّقْ، وَحَقِيقَتُهُ دَيَّنْت الرَّجُل تَدْيِينًا وَكَلْتُهُ إلى دِينِهِ فَاسْتُعْمِل فِي التَّصْدِيقِ مَجَازًا لأَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ لأَنَّهُ صَرْفُ الكَلامِ عَمَّا هُوَ صَرِيحٌ فِيهِ إلى مَا لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ فِيمَا عَلَيْهِ تَخْفِيفٌ. وَكَذَلكَ لا يَسَعُ المَرْأَةَ أَنْ تُصَدِّقَهُ فِي ذَلكَ (وَيُدَيَّنُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالى لأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ) إذْ الطَّلاقُ مِنْ الإِطْلاقِ يُسْتَعْمَلُ فِي الإِبِل أَوْ الوَثَاقِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الطَّلاقُ عِبَارَةً عَنْهُ مَجَازًا. (وَلوْ نَوَى بِهِ) **أَيْ بِقَوْلِهِ طَالِقٌ (الطَّلاقَ عَنْ العَمَلِ** لَمْ يُصَدَّقْ فِي القَضَاءِ وَلا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالى لأَنَّ الطَّلاقَ لِرَفْعِ القَيْدِ وَهُوَ) قِيل أَيْ المَرْأَةُ بِتَأْوِيل الشَّخْصِ أَوْ الذَّاتِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ بَل يَعُودُ إلى القَيْدِ الَّذِي يَرْفَعُهُ الطَّلاقُ وَهُوَ النِّكَاحُ.

وَتَقْرِيرُهُ الطَّلاقَ لِرَفْعِ القَيْدِ النِّكَاحِيِّ، وَالقَيْدُ النِّكَاحِيُّ غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِالعَمَل فَإِنَّ الطَّلاقَ لَيْسَ بِرَفْعِ القَيْدِ بِالعَمَل وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَرَوَى الحَسَنُ (عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالى لأَنَّ الطَّلاقَ يُسْتَعْمَلُ فِي التَّخْلِيصِ) فَكَانَ مَعْنَاهُ أَنْت مُخَلَّصَةٌ مِنْ العَمَل، وَهَذَا إذَا لَمْ يُصَرِّحْ بِذِكْرِهِ، أَمَّا إذَا قَال أَنْت طَالِقٌ مِنْ عَمَل كَذَا مَوْصُولا صُدِّقَ دِيَانَةً رِوَايَةً وَاحِدَةً (وَلوْ **قَال أَنْت مُطْلَقَةٌ بِتَسْكِينِ الطَّاءِ** لا يَكُونُ طَلاقًا إلا بِالنِّيَّةِ لأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَعْمَلةٍ فِيهِ عُرْفًا فَلا يَكُونُ صَرِيحًا) وَإِذَا لَمْ يَكُنْ صَرِيحًا كَانَ كِنَايَةً لِعَدَمِ الوَاسِطَةِ وَالكِنَايَةُ تَحْتَاجُ إلى النِّيَّةِ.

قَال (وَلا يَقَعُ بِهِ إلا وَاحِدَةٌ وَإِن نَوَى أَكثَرَ مِن ذَلكَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ مَا نَوَى لأَنَّهُ مُحتَمِلٌ لفظَهُ، فَإِنَّ ذِكرَ الطَّالقِ ذِكرٌ للطَّلاقِ لُغَةً كَذِكرِ العَالمِ ذِكرٌ للعِلمِ وَلهَذَا يَصِحُ قِرَانُ العَدَدِ بِهِ فَيَكُونَ نَصبًا عَلى التَّمييزِ. وَلنَا أَنَّهُ نَعتٌ فَردٌ حَتَّى قِيل للمُثَنَّى طَالقَانِ وَللثَّلاثِ طَوَالقُ فَلا يَحتَمِلُ العَدَدَ لأَنَّهُ ضِدُّهُ، وَذِكرُ الطَّالقِ ذِكرٌ لطَلاقٍ هُوَ صِفَةٌ للمَرأَةِ لا لطَلاقٍ هُوَ تَطليقٌ، وَالعَدَدُ الَّذِي يُقرَنُ بِهِ نَعتٌ لمَصدَرٍ مَحذُوفٍ مَعنَاهُ طَلاقًا ثَلاثًا كَقَولك أَعطَيتُهُ جَزِيلا: أَي عَطَاءً جَزِيلا (وَإِذَا قَال: أَنتِ الطَّلاقُ أَو أَنتِ طَالقٌ الطَّلاقَ أَو أَنتِ طَالقٌ طَلاقًا، فَإِن لم تَكُن لهُ نِيَّةٌ أَو نَوَى وَاحِدَةً أَو ثِنتَينِ فَهِيَ

وَاحِدَةٌ رَجعِيَّةٌ، وَإِن نَوَى ثَلاثًا فَثَلاثٌ) وَوُقُوعُ الطَّلاقِ بِاللَّفظَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالثَةِ ظَاهِرٌ، لأَنَّهُ لو ذَكَرَ النَّعتَ وَحدَهُ يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ، فَإِذَا ذَكَرَهُ وَذَكَرَ المَصدَرَ مَعَهُ وَأَنَّهُ يَزِيدُهُ وَكَادَةً أَولى.

وَأَمَّا وُقُوعُهُ بِاللَّفظَةِ الأُولى فَلأَنَّ المَصدَرَ قَد يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الاسمُ، يُقَالُ: رَجُلٌ عَدلٌ: أَي عَادِلٌ فَصَارَ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ أَنتِ طَالِقٌ، وَعَلَى هَذَا لو قَالَ: أَنتِ طَلاقٌ يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ أَيضًا وَلا يَحتَاجُ فِيهِ إلى النِّيَّةِ وَيَكُونُ رَجعِيًّا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَرِيحُ الطَّلاقِ لِغَلَبَةِ الاستِعمَالِ فِيهِ، وَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ لأَنَّ المَصدَرَ يَحتَمِلُ العُمُومَ وَالكَثرَةَ لأَنَّهُ اسمُ جِنسٍ فَيُعتَبَرُ بِسَائِرِ أَسمَاءِ الأَجنَاسِ فَيَتَنَاوَلُ الأَدنَى مَعَ احتِمَالِ الكُلِّ، وَلا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ فِيهَا خِلافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ: إنَّ الثِّنتَينِ بَعضُ الثَّلاثِ فَلَمَّا صَحَّت نِيَّةُ الثَّلاثِ صَحَّت نِيَّةُ بَعضِهَا ضَرُورَةً. وَنَحنُ نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلاثِ إنَّمَا صَحَّت لِكَونِهَا جِنسًا، حَتَّى لو كَانَت المَرأَةُ أَمَةً تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ بِاعتِبَارِ مَعنَى الجِنسِيَّةِ، أَمَّا الثِّنتَانِ فِي حَقِّ الحُرَّةِ فَعَدَدٌ، وَاللَّفظُ لا يَحتَمِلُ العَدَدَ وَهَذَا لأَنَّ مَعنَى التَّوَحُّدِ يُرَاعَى فِي أَلفَاظِ الوُحدَانِ وَذَلكَ بِالفَردِيَّةِ أَو الجِنسِيَّةِ وَالمَثنَى بِمَعزِلٍ مِنهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَقَعُ بِهِ) مِنْ كَلامِ القُدُورِيِّ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ: أَيْ لا يَقَعُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الأَلفَاظِ الثَّلاثَةِ المَذْكُورَةِ (إلا وَاحِدَةٌ وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ مَا نَوَى لأَنَّهُ مُحْتَمَلُ لَفْظِهِ فَإِنَّ ذِكْرَ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِلطَّلاقِ) لِكَوْنِهِ نَعْتًا وَهُوَ لا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ المُشْتَقِّ مِنْهُ (وَلِهَذَا) أَيْ لِكَوْنِهِ مُحْتَمَلَ لَفْظِهِ (يَصِحُّ قِرَانُ **العَدَدِ** بِهِ وَيَكُونُ نَصْبًا عَلَى التَّفْسِيرِ) وَكُلُّ مَا هُوَ مُحْتَمَلُ اللَّفْظِ تَصِحُّ نِيَّتُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ نَعْتُ فَرْدٍ حَتَّى قِيلَ لِلمُثَنَّى طَالِقَانِ وَلِلثَّلاثِ طَوَالِقُ) وَكُلُّ مَا هُوَ نَعْتُ فَرْدٍ (لا يَحْتَمِلُ العَدَدَ لأَنَّهُ ضِدُّهُ) وَالضِّدُّ لا يَحْتَمِلُ الضِّدَّ.

وَقَوْلُهُ: (وَذِكْرُ الطَّوَالِقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَإِنَّ ذِكْرَ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِلطَّلاقِ لُغَةً. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الطَّالِقَ نَعْتٌ مِنْ الثُّلاثِيِّ وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى طَلاقٍ يَكُونُ صِفَةً لِلمَرْأَةِ لا عَلَى طَلاقٍ يَكُونُ بِمَعْنَى التَّطْلِيقِ كَالسَّلامِ بِمَعْنَى التَّسْلِيمِ، وَمَحَلُّ النِّيَّةِ هُوَ الثَّانِي لأَنَّهُ فِعْلُ الرَّجُلِ دُونَ الأَوَّلِ لأَنَّهُ وَصْفٌ ضَرُورِيٌّ تَتَّصِفُ بِهِ المَرْأَةُ وَلَيْسَ بِفِعْلِ الزَّوْجِ لَكِنَّهُ يَقْتَضِي

الثَّانِيَ تَصْحِيحًا لهُ وَكَانَ ثَابِتًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ الكَلَامِ مُقْتَضًى وَلا عُمُومَ لهُ.

وَقَوْلُهُ: (وَالعَدَدُ الَّذِي يُقْرَنُ بِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا يَصِحُّ قِرَانُ العَدَدِ بِهِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالَ أَنْتِ الطَّلَاقُ) وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ الطَّلَاقُ لَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْتِ طَالِقٌ لَمَا صَحَّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ كَمَا لَمْ تَصِحَّ فِي أَنْتِ طَالِقٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنَّمَا لا تَصِحُّ فِي طَالِقٍ لأَنَّهُ نَعْتُ فَرْدٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَهُوَ مَصْدَرٌ فِي أَصْلِهِ وَإِنْ وُصِفَ بِهِ فَلُمِحَ فِيهِ جَانِبُ المَصْدَرِيَّةِ وَصَحَّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحٌ.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ فَقَالَ: أَرَدت بِقَولِي طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَولِي الطَّلَاقَ أُخرَى يُصَدَّقُ) لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا صَالِحٌ لِلإِيقَاعِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَتَقَعُ رَجعِيَّتَانِ إِذَا كَانَت مَدخُولا بِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ فَقَالَ أَرَدْت بِقَوْلِي طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِي الطَّلَاقَ أُخْرَى) فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً لَغَا الثَّانِي، وَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً (يُصَدَّقُ) وَيَقَعُ طَلْقَتَانِ رَجْعِيَّتَانِ (لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِلإِيقَاعِ) بِتَقْدِيرِ المُبْتَدَإِ فِي الثَّانِي كَمَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ.

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلى جُملَتِهَا أَو إِلى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَن الجُملَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لأَنَّهُ أُضِيفَ إِلى مَحِلِّهِ، وَذَلِكَ (مِثل أَن يَقُول أَنتِ طَالِقٌ) لأَنَّ التَّاءَ ضَمِيرُ المَرأَةِ (أَو) يَقُول (رَقَبَتُكِ طَالِقٌ أَو عُنُقُك) طَالِقٌ أَو رَأسُك طَالِقٌ (أَو رُوحُك أَو بَدَنُك أَو جَسَدُك أَو فَرجُك أَو وَجهُك) لأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ. أَمَّا الجَسَدُ وَالبَدَنُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا غَيرُهُمَا، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ ﴾ [النساء: ٩٢] وَقَال ﴿ فَظَلَّتۡ أَعۡنَٰقُهُمۡ لَهَا خَٰضِعِينَ ﴾ [الشعراء: ٤] وَقَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لعَنَ اللَّهُ الفُرُوجَ عَلى السُّرُوجِ»[1] وَيُقَالُ فُلانٌ رَأسُ القَومِ وَيَا وَجهَ العَرَبِ وَهَلكَ رُوحُهُ بِمَعنَى نَفسُهُ وَمِن هَذَا القَبِيل الدَّمُ فِي رِوَايَةٍ يُقَالُ دَمُهُ هَدَرٌ وَمِنهُ النَّفسُ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَكَذَلكَ إِن) (طَلَّقَ جُزءًا شَائِعًا مِنهَا مِثل أَن يَقُول نِصفُك أَو ثُلُثُك) طَالِقٌ لأَنَّ الشَّائِعَ مَحِلٌّ لسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ كَالبَيعِ وَغَيرِهِ فَكَذَا

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٠٢): غريب جدا.

يَكُونُ مَحِلا للطَّلاقِ، إلا أَنَّهُ لا يَتَجزَّأُ فِي حَقِّ الطَّلاقِ فَيَثبُتَ فِي الكُلِّ ضَرُورَةً (وَلو قَال: يَدُك طَالقٌ أَو رِجلُك طَالقٌ لم يَقَع الطَّلاقُ) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الخِلافُ فِي كُلِّ جُزءٍ مُعَيَّنٍ لا يُعَبَّرُ بِهِ عَن جَمِيعِ البَدَنِ. لهُمَا أَنَّهُ جُزءٌ مُستَمتَعٌ بِعَقدِ النِّكَاحِ وَمَا هَذَا حَالُهُ يَكُونُ مَحِلا لحُكمِ النِّكَاحِ فَيَكُونَ مَحِلا للطَّلاقِ فَيَثبُتَ الحُكمُ فِيهِ قَضِيَّةً للإِضَافَةِ ثُمَّ يَسرِي إلى الكُلِّ كَمَا فِي الجُزءِ الشَّائِعِ، بِخِلافِ مَا إذَا أُضِيفَ إليهِ النِّكَاحُ لأَنَّ التَّعَدِّيَ مُمتَنِعٌ إذ الحُرمَةُ فِي سَائِرِ الأَجزَاءِ تُغَلَّبُ الحِلَّ فِي هَذَا الجُزءِ وَفِي الطَّلاقِ الأَمرُ عَلَى القَلبِ. وَلنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلاقَ إلى غَيرِ مَحِلِّهِ فَيَلغُو كَمَا إذَا أَضَافَهُ إلى رِيقِهَا أَو ظُفُرِهَا، وَهَذَا لأَنَّ مَحِلَّ الطَّلاقِ مَا يَكُونُ فِيهِ القَيدُ لأَنَّهُ يُنبِئُ عَن رَفعِ القَيدِ وَلا قَيدَ فِي اليَدِ وَلهَذَا لا تَصِحُّ إضَافَةُ النِّكَاحِ إليهِ، بِخِلافِ الجُزءِ الشَّائِعِ لأَنَّهُ مَحِلٌّ للنِّكَاحِ عِندَنَا حَتَّى تَصِحَّ إضَافَتُهُ إليهِ فَكَذَا يَكُونُ مَحِلا للطَّلاقِ. وَاختَلفُوا فِي الظَّهرِ وَالبَطنِ، وَالأَظهَرُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ لأَنَّهُ لا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ.

الشرح:

(وَلوْ أَضَافَ الطَّلاقَ إلى جُمْلتِهَا) مثْل قَوْله أَنْت طَالقٌ لأَنَّ التَّاءَ ضَميرُ المَرْأَة وَذَكَرَ هَذَا وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلمَ ممَّا قَبْلهُ تَمْهيدًا لذكْر مَا بَعْدَهُ (أَوْ إلى مَا يُعَبَّرُ به عَنْ الجُمْلة مثْل قَوْلك رَقَبَتُك طَالقٌ) قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢] وَلمْ يُردْ الرَّقَبَةَ بعَيْنهَا، وَكَذَلكَ العُنُقُ قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ فَظَلَّتۡ أَعۡنَٰقُهُمۡ لَهَا خَٰضِعِينَ ﴾ [الشعراء: ٤] وَلمْ يُردْ الأَعْنَاقَ بعَيْنهَا حَيْثُ لمْ يَقُل خَاضعَةً وَكَلامُهُ وَاضحٌ. وَلوْ قَال يَدُك طَالقٌ أَوْ رِجْلُك لمْ يَقَعْ الطَّلاقُ، وَقَال زُفَرُ وَالشَّافعيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الخلافُ في كُلِّ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لا يُعَبَّرُ به عَنْ جَميعِ البَدَن كَالإصْبَع وَالشَّعْرِ وَالسِّنِّ وَالظُّفْر. لهُمَا أَنَّهُ جُزْءٌ مُسْتَمْتَعٌ بعَقْد النِّكَاحِ، وَكُلُّ جُزْءٍ مُسْتَمْتَعٍ بعَقْد النِّكَاحِ يَكُونُ مَحَلا لحُكْمِ النِّكَاحِ، وَمَا كَانَ مَحَلا لحُكْمِ النِّكَاحِ كَانَ مَحَلا للطَّلاق لأَنَّهُ رَافعُهُ فَيَكُونُ حَالا مَحَلَّهُ فَإذَا أُضيفَ إلَيْه الطَّلاقُ ثَبَتَ الحُكْمُ فيه تَوْفيَةً لحَقِّ الإضَافَة ثُمَّ يَسْري إلى الكُلِّ كَمَا في الجُزْءِ الشَّائع.

فَإنْ قيل: لوْ كَانَ الجُزْءُ المُعَيَّنُ مَحَلا لحُكْمِ النِّكَاح لانْعَقَدَ النِّكَاحُ إذَا أُضيفَ إليْه ثُمَّ يَسْري إلى الكُلِّ. أَجَابَ بقَوْله بخلاف مَا إذَا أُضيفَ إليْه النِّكَاحُ؛ لأَنَّ السِّرَايَةَ مُمْتنعَةٌ إذْ الحُرْمَةُ في سَائر الأَجْزَاء تَغْلبُ الحلَّ في هَذَا الجُزْء فَيمْتَنعُ عَنْ السَّرَيَان (وَفي الطَّلاقِ الأَمْرُ عَلى القَلبِ) يَعْني الحُرْمَةَ في هَذَا الجُزْءِ تَغْلبُ الحلَّ في سَائرِ الأَجْزَاءِ

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلاقَ إلى غَيْرِ مَحَلِّهِ) ظَاهِرٌ، وَتَوْضِيحُهُ أَنَّ اليَدَ وَالرِّجْلَ وَنَحْوَهُمَا أَطْرَافٌ وَهِيَ أَتْبَاعٌ لا مَحَالَةَ، فَإِذَا وَرَدَ عَلَيْهِمَا دَخَلَ الأَتْبَاعُ كَمَا فِي شِرَاءِ تِلْكَ الرَّقَبَةِ فَيَكُونُ ذِكْرُ الأَصْلِ ذِكْرًا لِلتَّبَعِ.

وَأَمَّا ذِكْرُ التَّبَعِ فَلا يَكُونُ ذِكْرًا لِلأَصْلِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ عَبَّرَ النَّبِيُّ ﷺ بِاليَدِ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ**» أُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ بِهِ صَاحِبُ اليَدِ عَلَى حَذْفِ المُضَافِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا قَالَ أَرَدْت إِضْمَارَ صَاحِبِهَا طَلُقَتْ، وَإِنَّمَا الكَلامُ مِنْ حَيْثُ الحَقِيقَةُ. قَال شَمْسُ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيُّ: إِذَا **قَالَ لَهَا: رَأْسُك طَالِقٌ وَعَنَى اقْتِصَارَ الطَّلاقِ عَلَى الرَّأْسِ** لا يَبْعُدُ أَنْ نَقُولَ بِأَنَّهَا لا تَطْلُقُ، وَلَوْ **قَالَ يَدُك طَالِقٌ وَأَرَادَ بِهِ العِبَارَةَ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ** لا يَبْعُدُ أَنْ نَقُولَ بِأَنَّهَا تَطْلُقُ، وَإِذَا **قَالَ ظَهْرُك طَالِقٌ أَوْ بَطْنُك طَالِقٌ** اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ يَقَعُ الطَّلاقُ لأَنَّ الظَّهْرَ وَالبَطْنَ فِي مَعْنَى الأَصْلِ إِذْ لا يُتَصَوَّرُ النِّكَاحُ بِدُونِهِمَا، بِخِلافِ اليَدِ وَالرِّجْلِ. قَال المُصَنِّفُ: (وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ) أَيْ الإِيقَاعُ بِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لأَنَّهُ لا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ، وَلِهَذَا لَوْ **قَالَ ظَهْرُك أَوْ بَطْنُك عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي** لا يَكُونُ مُظَاهِرًا.

(وَإِن طَلَّقَهَا نِصفَ تَطلِيقَةٍ أَو ثُلُثَهَا كَانَت) طَالِقًا (تَطلِيقَةً وَاحِدَةً) لأَنَّ الطَّلاقَ لا يَتَجَزَّأُ، وَذِكرُ بَعضِ مَا لا يَتَجَزَّأُ كَذِكرِ الكُلِّ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي كُلِّ جُزءٍ سَمَّاهُ لِمَا بَيَّنَّا (وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ ثَلاثَةَ أَنصَافِ تَطلِيقَتَينِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلاثًا) لأَنَّ نِصفَ التَّطلِيقَتَينِ تَطلِيقَةٌ، فَإِذَا جَمَعَ بَينَ ثَلاثَةِ أَنصَافٍ تَكُونُ ثَلاثَ تَطلِيقَاتٍ ضَرُورَةً. وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثَلاثَةَ أَنصَافِ تَطلِيقَةٍ، قِيلَ: يَقَعُ تَطلِيقَتَانِ لأَنَّهَا طَلقَةٌ وَنِصفٌ فَيَتَكَامَلُ، وَقِيلَ: يَقَعُ ثَلاثُ تَطلِيقَاتٍ لأَنَّ كُلَّ نِصفٍ يَتَكَامَلُ فِي نَفسِهِ فَتَصِيرُ ثَلاثًا.

الشرح:

(وَإِنْ **طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَة أَوْ ثُلُثَهَا** طَلُقَتْ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً) لأَنَّهُ ذَكَرَ بَعْضَ مَا لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الطَّلاقُ، إِذْ نِصْفُ التَّطْلِيقِ أَوْ ثُلُثُهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، وَذِكْرُ بَعْضِ مَا لا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ الكُلِّ كَالعَفْوِ عَنْ بَعْضِ القِصَاصِ صِيَانَةً لِلكَلامِ عَنْ الإِلْغَاءِ وَتَغْلِيبًا لِلمُحَرِّمِ عَلَى المُبِيحِ وَإِعْمَالا لِلدَّلِيلِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ؛ لأَنَّهُ إِذَا أَقَامَ الدَّلِيلَ عَلَى البَعْضِ وَهُوَ مِمَّا لا يَتَجَزَّأُ

أَوْجَبَ إِكْمَالَهُ وَإِلا لزِمَ إِبْطَالُ الدَّليل (وَكَذَا الجَوَابُ فِي كُلِّ جُزْءٍ سَمَّاهُ) وَالنِّصْفُ كَالرُّبعِ وَالثُّمنِ وَالسُّدُسِ وَغَيْرِهَا (لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ لا يَتجزَّأُ (وَلوْ **قَال لَهَا أَنْت طَالقٌ ثَلاثَة أَنْصَاف تَطْليقتَيْنِ** فَهِيَ طَالقٌ ثَلاثًا لأَنَّ نصْفَ تَطْليقتَيْنِ تَطْليقَةٌ) فَثلاثَةُ أَنْصَاف تَطْليقتَيْنِ يَكُونُ ثَلاثَ تَطْليقَاتٍ ضَرُورَةً، وَهَذه المَسْأَلةُ منْ خَوَاصِّ مَسَائل الجَامعِ الصَّغير.

قَال فَخْرُ الإِسْلامِ: إِنَّمَا أَوْرَدَ: يَعْني مُحَمَّدًا هَذه المَسْأَلةَ لإِشْكَالٍ وَهُوَ أَنَّ كُلَّ عَدَدٍ نَصَّفْته لا يَكُونُ إلا نصْفَيْنِ، فَالقَوْلُ بالثَّلاثَة فِي ذَلكَ يَجبُ أَنْ يَلغُوَ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهَذه التَّسْمِيَة الطَّلاقَ يَعْنِي أَرَادَ ثَلاثَ طَلقَاتٍ وَاسْتَعْمَل فِي ذَلكَ ثَلاثَةَ أَنْصَاف تَطْليقَتَيْنِ باعْتبَارِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ نصْفَ تَطْليقتَيْنِ إذَا كَانَ تَطْليقَةً فَثَلاثَةُ أَنْصَافهمَا تَكُونُ ثَلاثَ تَطْليقَات. وَمنْ النَّاسِ مَنْ قَال لا يَقَعُ شَيْءٌ لأَنَّهُ مُهْمَلٌ لا مَعْنَى لهُ. وَمنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يَقَعُ وَاحدَةٌ لأَنَّ ذكْرَ العَدَد كَانَ لغْوًا فَبَقيَ قَوْلُهُ أَنْت طَالقٌ.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: هَذَا الكَلامُ إمَّا أَنْ يَكُونَ حَقيقَةً فيمَا أَرَادَ أَوْ مَجَازًا، وَلا سَبيل إلى الأَوَّل لأَنَّ اللَّفْظَ لمْ يُسْتَعْمَل فيمَا وُضعَ لهُ وَلا إلى الثَّاني لعَدَمِ تَصَوُّرِ الحَقيقَة وَعَدَمِ الاتِّصَال. وَالجَوَابُ أَنَّهُ مَجَازٌ، وَتَصَوُّرُ الحَقيقَة ليْسَ بشَرْط لجَوَازه عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَالاتِّصَالُ مَوْجُودٌ لأَنَّهُ منْ بَاب ذكْرِ الجُزْءِ وَإِرَادَة الكُلِّ. وَطُولبَ بالفَرْق بَيْنَ مَا إذَا قَال لهَا أَنْت طَالقٌ ثَلاثَةَ أَرْبَاعِ تَطْليقَتَيْنِ لمْ تَطْلُقْ إلا ثنْتَيْنِ وَلمْ نَقُل وَقَدْ أَوْقَعَ ثَلاثَ مَرَّاتٍ رُبُعَ تَطْليقَتَيْنِ وَرُبُعُ التَّطْليقتَيْنِ نِصْفُ تَطْليقَةٍ. وَمَنْ **أَوْقَعَ عَلى امْرَأَته ثَلاثَ مَرَّاتٍ نصْفَ تَطْليقَة** طَلُقَتْ ثَلاثًا.

وَأُجيبَ بأَنَّ جَوَابَ هَذَا اللَّفْظ غَيْرُ مَحْفُوظ. وَبَعْدَ التَّسْليمِ فَالفَرْقُ وَاضحٌ بَيِّنٌ، فَإِنَّ الأَجْزَاءَ الَّتي أَوْقَعَهَا هُنَاكَ وَهيَ ثَلاثَةُ أَرْبَاعٍ مَوْجُودَةٌ فِي التَّطْليقَتَيْنِ لأَنَّ رُبُعَ تَطْليقَتَيْنِ نصْفُ تَطْليقَة فَثَلاثَةُ أَرْبَاعِ تَطْليقَتَيْنِ تَطْليقَةٌ وَنصْفٌ فَيَقَعُ تَطْليقَتَان فَلا وَجْهَ إلى صَرْف الكَلامِ عَنْ ظَاهرِه، وَهَاهُنَا الأَجْزَاءُ الَّتي أَوْقَعَهَا غَيْرُ مَوْجُودَة فِي التَّطْليقَتَيْنِ إذْ ليْسَ للتَّطْليقَتَيْنِ ثَلاثَةُ أَنْصَاف فَلا حَاجَةَ لتَصْحيحِ كَلامه سوَى تَصْحيحِ كَلامِ العَاقل عَلى مَا ذَكَرْنَا (وَلوْ **قَال أَنْت طَالقٌ ثَلاثَةَ أَنْصَاف تَطْليقَةٍ** قيل يَقَعُ طَلقَتَان) وَهُوَ المَنْقُولُ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي الجَامعِ الصَّغيرِ وَإِليْه ذَهَبَ النَّاطفيُّ فِي الأَجْنَاسِ وَالعَتَّابيُّ فِي شَرْحِ الجَامعِ الصَّغيرِ.

وَقَال العَتَّابِيُّ: هُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّ ثَلاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَة تَكُونُ تَطْلِيقَةً وَنِصْفَ تَطْلِيقَة فَصَارَ كَقَوْله أَنْت طَالقٌ وَاحدَةً وَنصْفَ تَطْليقَة. وَقَال بَعْضُ المَشَايِخ: يَقَعُ ثَلاثَةٌ لأَنَّ كُلَّ نصْف يَكُونُ طَلقَةً وَاحِدَةً لأَنَّ الطَّلاقَ لا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ فَيَصِيرُ ثَلاثَةُ أَنْصَافِ تَطْلِيقَة ثَلاثَ طَلقَات لا مَحَالةَ.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ مِن وَاحِدَةٍ إلى ثِنتَين أَو مَا بَينَ وَاحِدَةٍ إلى ثِنتَين فَهِيَ وَاحِدَةٌ. وَلو قَال: مِن وَاحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ أَو مَا بَينَ وَاحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ فَهِيَ ثِنتَانِ. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال فِي الأُولى هِيَ ثِنتَانِ وَفِي الثَّانِيَةِ ثَلاثٌ) وَقَال زُفَرُ: الأُولى لا يَقَعُ شَيءٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ القِيَاسُ لأَنَّ الغَايَةَ لا تَدخُلُ تَحتَ المَضرُوبِ لهُ الغَايَةُ، كَمَا لو قَال: بِعت مِنك مِن هَذَا الحَائِطِ إلى هَذَا الحَائِطِ. وَجهُ قَولِهِمَا وَهُوَ الاستِحسَانُ أَنَّ مِثل هَذَا الكَلامِ مَتَى ذُكِرَ فِي العُرفِ يُرَادُ بِهِ الكُلُّ، كَمَا تَقُولُ لغَيرِك: خُذ مِن مَالي مِن دِرهَمٍ إلى مِائَةٍ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ المُرَادَ بِهِ الأَكثَرُ مِن الأَقَلِّ وَالأَقَلُّ مِن الأَكثَرِ فَإِنَّهُم يَقُولُونَ سِنِّي مِن سِتِّينَ إلى سَبعِينَ وَمَا بَينَ سِتِّينَ إلى سَبعِينَ وَيُرِيدُونَ بِهِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَإِرَادَةُ الكُلِّ فِيمَا طَرِيقُهُ طَرِيقُ الإِبَاحَةِ كَمَا ذُكِرَ، إذ الأَصلُ فِي الطَّلاقِ هُوَ الحَظرُ، ثُمَّ الغَايَةُ الأُولى لا بُدَّ أَن تَكُونَ مَوجُودَةً لِيَتَرَتَّبَ عَليهَا الثَّانِيَةُ، وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا، بِخِلافِ البَيعِ لأَنَّ الغَايَةَ فِيهِ مَوجُودَةٌ قَبل البَيعِ. وَلو نَوَى وَاحِدَةً يَدِينُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لأَنَّهُ مُحتَمَلُ كَلامِهِ لكِنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ.

الشرح:

قَال (وَلَوْ قَال أَنْت طَالقٌ منْ وَاحدَة إلى ثنْتَيْن) إذَا طَلَّقَهَا مُشْتملا كَلامَهُ عَلى الغَايَتَيْنِ، فَإِمَّا أَنْ تَدْخُل الغَايَتَان وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَوْ لا تَدْخُلا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ أَوْ يَدْخُل الابْتدَاءُ دُونَ الانْتهَاءِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنيفَةَ، وَالقسْمُ الرَّابعُ وَهُوَ أَنْ يَدْخُل الانْتهَاءُ دُونَ الابْتدَاءِ لمْ يَقُل به أَحَدٌ. وَجْهُ قَوْل زُفَرَ أَنَّ غَايَةَ الشَّيْءِ لا تَدْخُلُ فيه وَإلا لمْ يَكُنْ غَايَةً كَمَا في المَحْسُوسَات كَقَوْله بعْت منْك منْ هَذَا الحَائط إلى هَذَا الحَائط، وَهُوَ قيَاسٌ مَحْضٌ. وَرُوِيَ أَنَّ أَبَا حَنيفَةَ حَاجَّهُ حَيْثُ قَال لهُ كَمْ سنُّك؟ فَقَال مَا بَيْنَ ستِّينَ إلى سَبْعينَ، فَقَال لهُ إذَنْ أَنْتَ ابْنُ تسْع سنينَ فَتَحَيَّرَ. وَرَوَى فَخْرُ الإِسْلام أَنَّ الأَصْمَعيَّ هُوَ الَّذي حَاجَّهُ عَلى بَابِ الرَّشيد قَال لهُ: مَا تَقُولُ فيمَنْ قَال لامْرَأَته أَنْت طَالقٌ مَا بَيْنَ

وَاحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ؟ قَال تَطْلُقُ وَاحِدَةً لأَنَّ كَلِمَةَ مَا بَيْنَ لا تَتَنَاوَلُ الحَدَّيْنِ، فَقَال لهُ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ قِيل لهُ كَمْ سِنُّك؟ فَقَال مَا بَيْنَ سِتِّينَ إلى سَبْعِينَ يَكُونُ ابْنَ تِسْعٍ سِنِينَ، فَتَحَيَّرَ زُفَرُ وَاسْتَحْسَنَ فِي مِثْل هَذَا وَيَلزَمُ عَلى قَوْله أَنَّ مَنْ قَال مِنْ وَاحِدَةٍ إلى وَاحِدَةٍ لا يَقَعُ شَيْءٌ، وَقِيل يَقَعُ وَاحِدَةٌ لأَنَّهُ لَمَّا جَعَل الشَّيْءَ الوَاحِدَ حَدًّا وَمَحْدُودًا لغَا آخِرُ كَلامِه لعَدَمِ تَصَوُّرِ ذَلكَ وَبَقِيَ أَنْتِ طَالقٌ.

وَوَجْهُ قَوْلهِمَا وَهُوَ الاسْتِحْسَانُ أَنَّ مِثْل هَذَا الكَلامِ فِي العُرْفِ يُرَادُ بِه الكُلُّ، كَمَا يُقَالُ لغَيْرِه خُذْ مِنْ مَالي مِنْ دِرْهَمٍ إلى مِائَةٍ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُرَادَ بِمِثْل هَذَا الكَلامِ الأَكْثَرُ مِنْ الأَقَلِّ وَالأَقَلُّ مِنْ الأَكْثَرِ وَهُوَ مَا بَيْنَهُمَا، فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ سِنِّي مِنْ سِتِّينَ إلى سَبْعِينَ أَوْ مَا بَيْنَ سِتِّينَ إلى سَبْعِينَ وَيُرِيدُونَ مَا ذَكَرْنَاهُ: يَعْنِي الأَكْثَرَ مِنْ الأَقَلِّ أَوْ الأَقَلَّ مِنْ الأَكْثَرِ، قِيل فِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ لا يَتَمَشَّى فِي قَوْله مِنْ وَاحِدَةٍ إلى ثِنْتَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ يَتَمَشَّى فيه أَيْضًا لأَنَّ الأَكْثَرَ فِيه الثَّلاثُ وَالأَقَلَّ الوَاحِدُ، وَالأَكْثَرُ مِنْ الأَقَلِّ وَالأَقَلُّ مِنْ الأَكْثَرِ الثِّنْتَان، وَليْسَ بِشَيْءٍ لأَنَّ قَوْلهُ لأَنَّ الأَكْثَرَ فِيه: يَعْنِي فِي الطَّلاقِ، وَليْسَ الكَلامُ فِي الأَكْثَرِ فِي الطَّلاقِ وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي الأَقَلِّ وَالأَكْثَرِ فِي كَلامِ المُتَكَلِّمِ وَالثَّلاثُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فيه.

وَأَقُولُ: قَوْلُهُ إنَّ المُرَادَ بِه الأَكْثَرُ مِنْ الأَقَلِّ: مَعْنَاهُ إذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَدَدٌ كَمَا فِي قَوْله مِنْ وَاحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ. وَقَوْلُهُ سِنِّي مِنْ سِتِّينَ إلى سَبْعِينَ. وَقَوْلُهُ وَالأَقَلُّ مِنْ الأَكْثَرِ مَعْنَاهُ: إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا ذَلكَ كَمَا فِي قَوْلِه مِنْ وَاحِدَةٍ إلى ثِنْتَيْنِ، وَعَلى هَذَا يَسْقُطُ الاعْتِرَاضُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِرَادَةُ الكُلِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهِمَا يُرَادُ بِه الكُلُّ كَمَا يُقَالُ لغَيْرِه خُذْ مِنْ مَالي مِنْ دِرْهَمٍ إلى مِائَةٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الغَايَةُ الأُولى) جَوَابٌ عَنْ قَوْل زُفَرَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ القِيَاسَ أَنْ لا تَدْخُل الغَايَتَان كَمَا ذَكَرْت، إلا أَنَّ الغَايَةَ الأُولى لا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لأَنَّهُ أَوْقَعَ الثَّانِيَةَ، وَلا يَصِحُّ إلا بَعْدَ وُجُودِ مَا يَتَرَتَّبُ عَليْه الثَّانِيَةُ وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ البَيْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا لوْ قَال بِعْتُك مِنْ هَذَا الحَائِطِ.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّهُ قِيَاسٌ فَاسِدٌ لأَنَّ الغَايَةَ فِي المَقِيسِ عَليْه مَوْجُودَةٌ قَبْل جَعْلهَا غَايَةً فَلا ضَرُورَةَ فِي إدْخَالهَا، وَأَمَّا فِي صُورَةِ النِّزَاعِ فَإِنَّهَا ليْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ وَلا بُدَّ مِنْ

وُجُودِهَا لِيَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا وَالحَاصِلُ أَنَّا لَمْ نَقُل بِأَنَّ الغَايَةَ دَاخِلَةٌ، وَإِنَّمَا قُلنَا إِنَّهُ لا بُدَّ مِنْ وُجُودِهَا لِضَرُورَةِ الثَّانِيَةِ.

وَنُوقِضَ بِمَا لَوْ قَالَ: **أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً ثَانِيَةً** لَمْ يَقَعْ إلا وَاحِدَةٌ وَلَمْ يُضْطَرَّ فِيهِ إِلى الأُولى لِوُقُوعِ الثَّانِيَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ثَانِيَةً صَارَ لَغْوًا، بِخلافِ قَوْلِهِ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلى ثَلاثٍ فَإِنَّهُ كَلامٌ مُعْتَبَرٌ فِي إِيقَاعِ الطَّلاقِ بِالاتِّفَاقِ، وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إلا بَعْدَ وُقُوعِ الأُولى. وَلَوْ نَوَى فِي قَوْلِهِ: مِنْ وَاحِدَةٍ إِلى ثَلاثٍ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلى ثَلاثٍ وَأَشْبَاهِهِمَا وَاحِدَةً صُدِّقَ دِيَانَةً لأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلامِهِ لا قَضَاءً لأَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ، لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مِثْلَ هَذَا الكَلامِ يُرَادُ بِهِ الأَكْثَرُ مِنْ الأَقَلِّ وَالأَقَلُّ مِنْ الأَكْثَرِ.

(وَلو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي ثِنتَينِ وَنَوَى الضَّربَ وَالحِسَابَ أَو لم تَكُن لهُ نِيَّةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ ثِنتَانِ لِعُرفِ الحِسَابِ، وَهُوَ قَولُ الحَسَنِ بن زِيَادٍ. وَلنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّربِ أَثَرُهُ فِي تَكثِيرِ الأَجزَاءِ لا فِي زِيَادَةِ المَضرُوبِ، وَتَكثِيرُ أَجزَاءِ الطَّلقَةِ لا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا (فَإِن نَوَى وَاحِدَةً وَثِنتَينِ فَهِيَ ثَلاثٌ) لأَنَّهُ يَحتَمِلُهُ فَإِنَّ حَرفَ الوَاوِ لِلجَمعِ وَالظَّرفَ يَجمَعُ المَظرُوفَ، وَلو كَانَت غَيرَ مَدخُولٍ بِهَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ كَمَا فِي قَولِهِ وَاحِدَةً وَثِنتَينِ، وَإِن نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثِنتَينِ تَقَعُ الثَّلاثُ لأَنَّ كَلِمَةَ " فِي " تَأتِي بِمَعنَى " مَعَ " كَمَا فِي قَولِهِ تَعَالى: ﴿ فَٱدۡخُلِى فِى عِبَٰدِى ﴾ أَي مَعَ عِبَادِي، وَلو نَوَى الظَّرفَ تَقَعُ وَاحِدَةٌ، لأَنَّ الطَّلاقَ لا يَصلُحُ ظَرفًا فَيَلغُو ذِكرُ الثَّانِي (وَلو قَال اثنَتَينِ فِي اثنَتَينِ وَنَوَى الضَّربَ وَالحِسَابَ فَهِيَ ثِنتَانِ) وَعِندَ زُفَرَ ثَلاثٌ لأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَن تَكُونَ أَربَعًا، لكِن لا مَزِيدَ لِلطَّلاقِ عَلَى الثَّلاثِ. وَعِندَنَا الاعتِبَارُ المَذكُورُ الأَوَّلُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالحِسَابَ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ.

وَقَالَ زُفَرُ: يَقَعُ ثِنْتَانِ لِعُرْفِ الحِسَابِ) فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنَّ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ (وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لا فِي زِيَادَةِ المَضْرُوبِ) لأَنَّ الغَرَضَ بِهِ إِزَالَةُ كَسْرٍ يَقَعُ عِنْدَ القِسْمَةِ، فَمَعْنَى وَاحِدَةٍ فِي ثِنْتَيْنِ وَاحِدَةٌ ذَاتُ جُزْأَيْنِ، (وَتَكْثِيرُ أَجْزَاءِ الطَّلْقَةِ لا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا) كَمَا لوْ قَالَ **أَنْتِ طَالِقٌ** طَلْقَةً وَنِصْفَهَا وَثُلُثَهَا وَرُبُعَهَا وَسُدُسَهَا وَثُمُنَهَا

لَمْ يَقَعْ إلا وَاحِدَةٌ (فَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثَلاثٌ لأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لأَنَّ الوَاوَ للجَمْعِ وَالظَّرْفُ يَجْمَعُ المَظْرُوفَ) وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولِ بهَا) وَاضِحٌ **وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثِنْتَيْنِ** وَقَعَ الثَّلاثُ) سَوَاءٌ كَانَتْ مَدْخُولا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ (لأَنَّ كَلِمَةَ فِي تَأْتِي بِمَعْنَى مَعَ كَمَا فِي قَوْله تَعَالَى ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾ [الفجر: ٢٩]) عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ التَّأْوِيل، وَهَذَا لأَنَّ أَحَدَ العَدَدَيْنِ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا للآخَرِ وَبَيْنَ الظَّرْفِ وَالمَظْرُوفِ مَعْنَى المَعِيَّة فَاسْتُعِيرَ لَهُ (وَلَوْ نَوَى الظَّرْفَ تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لأَنَّ الطَّلاقَ مَعْنًى فقْهِيٌّ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ ظَرْفًا للغَيْرِ فَيلغُو ذِكْرُ الثَّانِي (وَلَوْ **قَالَ اثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالحِسَابَ**) وَالضَّرْبُ تَضْعِيفُ أَحَدِ العَدَدَيْنِ بِقَدْرِ مَا فِي العَدَدِ الآخَرِ كَالأَرْبَعَة فِي الخَمْسَة يَحْصُلُ عِشْرُونَ لأَنَّ العِشْرِينَ تَضْعِيفُ الأَرْبَعَة خَمْسَ مَرَّاتٍ أَوْ تَضْعِيفُ الخَمْسَة أَرْبَعَ مَرَّاتٍ (فَهِيَ ثِنْتَانِ) وَعِنْدَ زُفَرَ ثَلاثٌ لأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ تَكُونَ أَرْبَعًا بِعُرْفِ الحِسَابِ (لكِنْ لا مَزِيدَ للطَّلاقِ عَلَى الثَّلاث. وَعِنْدَنَا الاعْتِبَارُ للمَذْكُورِ الأَوَّل عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي قَوْله إنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لا فِي زِيَادَة المَضْرُوب.

(وَلو قَالَ: أَنتِ طَالقٌ مِن هُنَا إلى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بِملكِ الرَّجعَةِ) وَقَالَ زُفَرُ: هِيَ بَائِنَةٌ لأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلاقَ بِالطُّول قُلنَا: لا بَل وَصَفَهُ بِالقَصرِ لأَنَّهُ مَتَى وَقعَ وَقعَ فِي الأَمَاكِنِ كُلِّهَا.

الشرح:

(وَلَوْ **قَال أَنْت طَالقٌ مِنْ هُنَا إلى الشَّامِ** فَهِيَ وَاحِدَةٌ بِملك الرَّجْعَة. وَقَال زُفَرُ: هِيَ بَائِنَةٌ لأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلاقَ بالطُّول) وَالطُّولُ يُسْتَعْمَلُ فِي القُوَّة وَقُوَّةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تَظْهَرُ بِامْتِنَاعه عَنْ قَبُول الإبْطَال، وَذَلكَ فِي البَائِنِ دُونَ الرَّجْعِيِّ. فَإِنْ قِيل: إِذَا صَرَّحَ بِذِكْرِ الطُّول فَقَال **أَنْت طَالقٌ تَطْلِيقَةً طَوِيلةً** وَقَعَ رَجْعِيًّا عِنْدَهُ فَكَيْفَ صَحَّ تَعْلِيلُهُ بِالطُّول؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ إذَا قَال إلى الشَّامِ كَنَّى عَنْ الطُّول وَالكِنَايَةُ أَقْوَى مِنْ التَّصْرِيحِ لِكَوْنِهَا دَعْوَى الشَّيْءِ بِبَيِّنَة وَمَوْضِعُهُ عِلمُ البَيَان. وَأَقُولُ: هَذِه خَطَابَةٌ لا تَكَادُ تَنْهَضُ فِي مَقَامِ الاسْتِدْلال، وَقِيل يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ فِي هَذِه المَسْأَلة رِوَايَتَان، وَهَذَا أَقْرَبُ (وَقُلنَا لا بَل وَصَفَهُ بِالقَصْرِ لأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ وَقَعَ فِي الأَمَاكِنِ كُلِّهَا) فَتَخْصِيصُهُ بِذِكْرِ الشَّامِ تَقْصِيرٌ بِالنِّسْبَة إلى مَا وَرَاءَهُ.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ بِمَكَّةَ أَو فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالقٌ فِي الحَال فِي كُلِّ البِلادِ، وَكَذَلكَ لو قَال: أَنتِ طَالقٌ فِي الدَّارِ) لأَنَّ الطَّلاقَ لا يَتَخَصَّصُ بِمَكَانٍ دُونَ مَكَان، وَإِن عَنَى بِهِ إِذَا أَتَيت مَكَّةَ يُصَدَّقُ دِيانَةً لا قَضاءً لأَنَّهُ نَوَى الإِضمَارَ وَهُوَ خِلافُ الظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا قَال: أَنتِ طَالقٌ وَأَنتِ مَرِيضَةٌ، وَإِن نَوَى إِن مَرِضت لم يُدَيَّن فِي القَضَاءِ (وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ إِذَا دَخَلت مَكَّةَ لم تَطلُق حَتَّى تَدخُل مَكَّةَ) لأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالدُّخُول. وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ فِي دُخُول الدَّارِ يَتَعَلَّقُ بِالفِعل لمُقَارَبَةٍ بَينَ الشَّرطِ وَالظَّرفِ فَحُمِل عَليهِ عِندَ تَعَذُّرِ الظَّرفِيَّةِ.

الشرح:

(وَلوْ قَال أَنْت طَالقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالقٌ فِي الحَال فِي كُلِّ البلاد، وَكَذَا لوْ قَال أَنْت طَالقٌ فِي الدَّار لأَنَّ الطَّلاقَ لا يَتخَصَّصُ بمَكَان دُونَ آخرَ) وَقَوْلُهُ (وَإِنْ عَنَى) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (عِنْدَ تَعَذُّرِ الظَّرْفِيَّة) إنَّمَا تَعْذُرُ الظَّرْفِيَّةُ لأَنَّ الفعْل لا يَصْلُحُ ظَرْفًا للطَّلاق عَلى أَنْ يَكُونَ شَاغلا لهُ فَيُحْمَلُ عَلى الشَّرْط لمُقَارَبَة: أَيْ لمُنَاسَبَة بَيْنَ الشَّرْط وَالظَّرْف لأَنَّ الظَّرْفَ يَسْبقُ المَظْرُوفَ كَمَا أَنَّ الشَّرْطَ يَسْبقُ المَشْرُوطَ. قَال شَمْسُ الأَئمَّة: وَقيل لأَنَّ الظَّرْفَ يُجَامعُ المَظْرُوفَ كَمَا أَنَّ الشَّرْطَ يُجَامعُ المَشْرُوطَ.

فَصلٌ

(فِي إِضَافَةِ الطَّلاقِ إِلى الزَّمَانِ) (وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ غَدًا وَقَعَ عَليهَا الطَّلاقُ بِطُلُوعِ الفَجرِ) لأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ وَذَلكَ بِوُقُوعِهِ فِي أَوَّل جُزءٍ مِنهُ. وَلو نَوَى بِهِ آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيانَةً لا قَضاءً لأَنَّهُ نَوَى التَّخصِيصَ فِي العُمُومِ، وَهُوَ يَحتَمِلُهُ لكِنَّهُ مُخَالفٌ للظَّاهِرِ (وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ اليَومَ غَدًا أَو غَدًا اليَومَ يُؤخَذُ بِأَوَّل الوَقتَينِ الَّذِي تَفَوَّهَ بِهِ) فَيَقَعَ فِي الأَوَّل فِي اليَومِ وَفِي الثَّانِي فِي الغَدِ، لأَنَّهُ لمَّا قَال: اليَومَ كَانَ تَنجِيزًا وَالمُنَجَّزُ لا يَحتَمِلُ الإِضَافَةَ، وَإِذَا قَال: غَدًا كَانَ إِضَافَةً وَالمُضَافُ لا يَتَنَجَّزُ لمَا فِيهِ مِن إِبطَال الإِضَافَةِ فَلغَا اللَّفظُ الثَّانِي فِي الفَصلينِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي إضَافَة الطَّلاق إلى الزَّمَان): ذَكَرَ هَهُنَا فُصُولا مُتَرَادفَةً بحَسَب إضَافَة الطَّلاق وَتَنْويعه، وَتَشْبيهُهُ إضَافَةَ الطَّلاق تَأْخيرَ حُكْمه عَنْ وَقْت التَّكَلُّم إلى زَمَان يُذْكَرُ

بَعْدَهُ بِغَيْرِ كَلِمَةِ شَرْطٍ (وَلَوْ **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا**) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ وَهُوَ) أَيْ العُمُومُ (يَحْتَمِلُ التَّخْصِيصَ) فَكَانَ مِنْ مُحْتَمَلاتِ كَلامِهِ وَنِيَّةُ المُحْتَمَلِ صَحِيحَةٌ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً (لكِنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ) لأَنَّ الغَدَ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَاءِ النَّهَارِ فَلا يُصَدَّقُ قَضَاءً وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ العَامُّ مَا يَتَنَاوَلُ أَفْرَادًا مُتَّفِقَةَ الحُدُودِ وَلَفْظُ الغَدِ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَمَا يُتَوَهَّمُ فِيهِ مِنْ الأَوَّلِ وَالوَسَطِ وَالآخِرِ فَهُوَ مِنْ أَجْزَائِهِ لا مِنْ أَفْرَادِهِ، وَحِينَئِذٍ لا يَكُونُ نِيَّةُ آخِرِ النَّهَارِ تَخْصِيصًا فَلا عُمُومَ وَلا تَخْصِيصَ.

وَالجَوَابُ أَنَّ المُرَادَ بِهِ الحَقِيقَةُ وَالمَجَازُ فَإِنَّ إِطْلاقَ لَفْظِ الكُلِّ وَإِرَادَةَ الجُزْءِ مَجَازٌ لا مَحَالَةَ (وَلَوْ **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ اليَوْمَ غَدًا**) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لَمْ لا يَجْعَلُ غَدًا ظَرْفًا لِطَلاقٍ آخَرَ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَقْدِيرِ أَنْتِ طَالِقٌ، وَالأَصْلُ خِلافُهُ فَلا يُصَارُ إِلَيْهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ صَوْنَ كَلامِ العَاقِلِ عَنْ الإِلْغَاءِ نَوْعُ ضَرُورَةٍ. وَالأَوْلَى أَنْ يُقَالَ وَصْفُهَا بِالطَّلاقِ اليَوْمَ وَغَدًا وَبِالطَّلْقَةِ الوَاحِدَةِ يُحَصِّلُ هَذَا المَقْصُودَ فَلا حَاجَةَ إِلَى غَيْرِهَا، وَعَلَى هَذَا كَانَ كَلامُهُ مَصُونًا عَنْ الإِلْغَاءِ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا لا يَتِمُّ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا اليَوْمَ لأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلاقِ غَدًا وَالمَوْصُوفُ بِهِ غَدًا لا يَكُونُ مَوْصُوفًا بِهِ اليَوْمَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ إِيقَاعَ الثَّانِيَةِ فِيهَا يُفْضِي إِلَى المَكْرُوهِ وَهِيَ إِيقَاعُ الطَّلْقَتَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلا يَسْعَى لإِثْبَاتِهَا فَيَكُونُ الثَّانِي لَغْوًا.

(وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ وَقَالَ نَوَيت آخِرَ النَّهَارِ دِينَ فِي القَضَاءِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَدِينُ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) لأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلاقِ " فِي " جَمِيعِ الغَدِ فَصَارَ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ غَدًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهَذَا يَقَعُ فِي أَوَّلِ جُزءٍ مِنهُ عِندَ عَدَمِ النِّيَّةِ، وَهَذَا لأَنَّ حَذفَ فِي وَإِثبَاتَهُ سَوَاءٌ لأَنَّهُ ظَرفٌ فِي الحَالَينِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ لأَنَّ كَلِمَةَ فِي لِلظَّرفِ وَالظَّرفِيَّةُ لا تَقتَضِي الاستِيعَابَ وَتَعَيَّنَ الجُزءُ الأَوَّلُ ضَرُورَةَ عَدَمِ المُزَاحِمِ، فَإِذَا عَيَّنَ آخِرَ النَّهَارِ كَانَ التَّعيِينُ القَصدِيُّ أَولَى بِالاعتِبَارِ مِن الضَّرُورِيِّ، بِخِلافِ قَولِهِ غَدًا لأَنَّهُ يَقتَضِي الاستِيعَابَ حَيثُ وَصَفَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ مُضَافًا إِلَى جَمِيعِ الغَدِ. نَظِيرُهُ إِذَا قَالَ: وَاللَّهِ لأَصُومَنَّ عُمرِي، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ: وَاللَّهِ لأَصُومَنَّ فِي عُمرِي،

وَعَلى هَذَينِ الدَّهرَ وَفِي الدَّهرِ.

الشرح:

(وَلوْ قَال أَنْتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ مُخَالِفًا للظَّاهِرِ وَقَدْ عَلِمْت مَا فِيه. وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِه) قِيل فِيه إشَارَةٌ إلى الجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِمَا مُخَالِفًا للظَّاهِرِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ خِلافَ الظَّاهِرِ إنَّمَا لا يُدَيَّنُ فِي القَضَاءِ إذَا لَمْ تَكُنْ نِيَّتُهُ مُصَادِفَةً لِحَقِيقَةِ كَلامِه، وَهُنَا صَادَفَتْهَا فَيُدَيَّنُ قَضَاءً وَدِيَانَةً؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ حَلفَ لا يَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ وَنَوَى جَمِيعَ النِّسَاءِ صُدِّقَ قَضَاءً وَدِيَانَةً وَإِنْ كَانَ مُخَالِفًا للظَّاهِرِ لِمُصَادَفَةِ نِيَّتِه حَقِيقَةَ كَلامِه. وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ الحَقِيقَةَ لا تَحْتَاجُ إلى النِّيَّةِ وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إليْهَا مَا هُوَ مِنْ مُحْتَمَلاتِ كَلامِه كَالمَجَازِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بَعْدَ مَعْرِفَةِ أَنَّ فِي غَدٍ لا يَقْتَضِي الاسْتِيعَابَ وَهُوَ حَقِيقَتُهُ، وَغَدٌ يَقْتَضِيه وَهُوَ حَقِيقَتُهُ بِدَلِيل قَوْله تَعَالى: ﴿ إِنَّا لَنَنصُرُ رُسُلَنَا وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِي ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا وَيَوْمَ يَقُومُ ٱلْأَشْهَـٰدُ ﴾ [غافر: ٥١] فَإِنَّهُ لا اسْتِيعَابَ فِيمَا فِيه الحَرْفُ، وَهُوَ ثَابِتٌ فِيمَا لا حَرْفَ فِيه، وَبَيَانُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالى ذَكَرَ نُصْرَةَ الرُّسُل وَالمُرْسَل وَالمُرْسَل إليْهِمْ فِي الدُّنْيَا مَقْرُونَةً بِحَرْفِ "فِي" وَذَكَرَ نُصْرَتَهُمْ فِي الآخِرَةِ غَيْرَ مَقْرُونَةٍ بِهَا فِي هَذِه الآيَةِ لأَنَّ نُصْرَةَ اللَّه إيَّاهُمْ فِي الآخِرَةِ دَائِمَةٌ، وَأَمَّا نُصْرَتُهُمْ فِي الدُّنْيَا فَكَانَتْ تَقَعُ فِي بَعْضِ الأَوْقَاتِ لأَنَّهَا دَارُ الابْتِلاءِ، وَكُلُّ مَا هُوَ حَقِيقَةٌ فِي أَحَدِهِمَا فَهُوَ مَجَازٌ فِي الآخَرِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَيَكُونُ نِيَّةُ حَقِيقَةِ الكَلامِ مِنْ بَابِ بَيَانِ التَّقْرِيرِ وَهُوَ تَوْكِيدُ الكَلامِ بِمَا يَقْطَعُ احْتِمَال المَجَازِ فَكَانَ مِنْ الجَائِزِ قَبْل بَيَانِ نِيَّتِه أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ بِقَوْله فِي غَدٍ مَجَازَهُ وَهُوَ الاسْتِيعَابُ فَإِذَا بَيَّنَهَا قَطَعَ احْتِمَال المَجَازِ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْه وَبَاقِي كَلامِه وَاضِحٌ بَعْدَ مَعْرِفَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ أَمسِ وَقَد تَزَوَّجَهَا اليَومَ لم يَقَع شَيءٌ) لأَنَّهُ أَسنَدَهُ إلى حَالةٍ مَعهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِمَالكِيَّةِ الطَّلاقِ فَيَلغُو، كَمَا إذَا قَال: أَنتِ طَالقٌ قَبل أَن أُخلق، وَلأَنَّهُ يُمكِنُ تَصحِيحُهُ إخبَارًا عَن عَدَمِ النِّكَاحِ أَو عَن كَونِهَا مُطَلَّقَةً بِتَطلِيقِ غَيرِهِ مِن الأَزوَاجِ (وَلو تَزَوَّجَهَا أَوَّل مِن أَمسِ وَقَعَ السَّاعَةَ) لأَنَّهُ مَا أَسنَدَهُ إلى حَالةٍ مُنَافِيَةٍ وَلا يُمكِنُ تَصحِيحُهُ

إخبَارًا أيضًا فكَانَ إنشاءً، وَالإنشاءُ فِي المَاضِي إنشاءٌ فِي الحَال فيَقعَ السَّاعَة (وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ قبل أن أتزوَّجك لم يَقع شَيءٌ) لأنَّهُ أسندَهُ إلى حَالةٍ مُنَافِيَةٍ فصَارَ كمَا إذا قَال: طلَّقتُك وأنَا صبِيٌّ أو نَائِمٌ، أو يُصحَّحُ إخبَارًا على مَا ذكرنَا.

الشرح:

(وَلوْ قَال أَنْت طَالقٌ أمْسِ وَقَدْ تزوَّجهَا اليَوْمَ لَمْ يَقعْ شَيْءٌ لأنَّهُ أسْندَهُ إلى حَالة مَعْهُودَة) أيْ مَعْلُومَة (مُنَافية لمَالكيَّة الطَّلاق) لأنَّهَا لَمْ تكُنْ في ملكه في ذَلكَ الوَقْت الَّذي أضَافَ إليْه الطَّلاقَ (فَيلغُو كَمَا إذَا قَال أنْت طَالقٌ قبْل أنْ أُخْلقَ) أوْ تُخْلقي (وَلأنَّهُ أمْكَنَ تَصْحيحُهُ إخْبَارًا عَنْ عدَمِ النِّكَاح) فَكَأنَّهُ قَال مَا كُنْت أمْسِ في قَيْد نكَاحي، وَإذَا أمْكَنَ ذَلكَ صيرَ إليْه لكَوْنه مَوْضُوعًا لهُ دُونَ الإنْشَاء، وَفيه نَظَرٌ لأنَّ الطَّالقَ مَنْ اتَّصَفَتْ بوُقُوع طَلَاقهَا بتَطْليقِ الزَّوْجِ وَهُوَ غَيْرُ مُتصوَّرٍ لأنَّ المُطَلِّقَ إنْ كَانَ هَذَا الزَّوْجَ فَليْسَ بمُسْتَقيمٍ لأنَّهَا لَمْ تكُنْ في قَيْد نكَاحه، وَإنْ كَانَ غَيْرَهُ فَهُوَ المَذْكُورُ بقَوْله (أَوْ عَنْ كَوْنهَا مُطَلَّقَةً بتَطْليق غَيْره منْ الأزْوَاج) فَيكُونُ تكْرَارًا.

وَأيْضًا قَوْلُهُ أنْت طَالقٌ مَوْضُوعٌ للإخْبَار لُغَةً، وَلا نُسَلِّمُ أنَّ إمْكَانَ المَصير إلى المَفْهُومِ اللُّغَويِّ يَمْنَعُ المَصيرَ إلى المَفْهُومِ الشَّرْعيِّ فَإنَّ ذَلكَ يُفْضي إلى إبْطَال كَثير منْ المَفْهُومَات الشَّرْعيَّة. وَالجَوَابُ عَنْهُمَا أنَّ قَوْلَهُ أنْت طَالقٌ أمْسِ لمَنْ تَزوَّجهَا اليَوْمَ إمَّا لغْوًا لعَدَمِ شَرْطه وَهُوَ الملكُ وَقْتَ الطَّلاق، أوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلى الإخْبَار عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ مَجَازًا فَإنَّ رَفْعَ النِّكَاحِ يَسْتَلزمُ عَدَمَهُ، وَإمْكَانُ المَصيرِ إلى المَفْهُومِ اللُّغَويِّ إنَّمَا لا يَمْنَعُ المَصيرَ إلى المَفْهُومِ الشَّرْعيِّ إذَا لَمْ يُفْضِ إلى اللَّغْوِ، فَأمَّا إذَا أفْضَى إليْه مَنَعَهُ صَوْنًا لكَلامِ العَاقل عَنْ الإلغَاء.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ عَنْ كَوْنهَا مُطَلَّقَةً بتَطْليق غَيْره منْ الأزْوَاج) يَعْني أنَّ هَذه المَرْأةَ إمَّا أنْ تَكُونَ مُطَلَّقَةَ زَوْجٍ آخَرَ أوْ لا، فَإنْ كَانَ الثَّانيَ جُعل قَوْلُهُ أنْت طَالقٌ أمْسِ إخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ مَجَازًا، وَإنْ كَانَ الأوَّل جُعل إخْبَارًا عَنْ كَوْنهَا مُطَلَّقَةَ ذَلكَ الزَّوْجِ (وَلوْ تَزوَّجهَا أوَّلُ منْ أمْسِ وَقَعَ السَّاعَةَ لأنَّ مَا أسْنَدَهُ إلى حَالةٍ مُنَافيَةٍ) وَهُوَ وَاضحٌ (وَلا يُمْكنُ تَصْحيحُهُ إخْبَارًا أيْضًا) وَهَذَا عَلى الوَجْه الأوَّل وَاضحٌ أيْضًا. وَأمَّا عَلى الوَجْه الثَّاني فَإنَّمَا يَسْتَقيمُ إذَا كَانَتْ غَيْرَ مُطَلَّقَةٍ لغَيْره منْ الأزْوَاجِ، وَأمَّا إذَا كَانَتْ

مُطَلَّقَةً فَلا يَسْتَقِيمُ إلا إذَا جُعِل نِكَاحُ هَذَا الزَّوْجِ رَافِعًا لِتلكَ النِّسْبَة وَفيه مَا فيه وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَال أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَك) وَمَا بَعْدَهُ وَاضِحٌ

(وَلو قَال: أَنتِ طَالِقٌ مَا لم أُطَلِّقك أَو مَتَى لم أُطَلِّقك أَو مَتَى مَا لم أُطَلِّقك وَسَكَتَ طَلُقَت) لأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلاقَ إلى زَمَانٍ خَالٍ عَن التَّطليقِ وَقَد وُجِدَ حَيثُ سَكَت، وَهذَا لأَنَّ كَلمَةَ مَتَى وَمَتَى مَا صَرِيحٌ فِي الوَقتِ لأَنَّهُمَا مِن ظُرُوفِ الزَّمَانِ، وَكَذَا كَلمَةُ "مَا" قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ مَا دُمْتُ حَيًّا ﴾ [مريم: ٣١] أَي وَقتَ الحيَاة.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالِقٌ إن لم أُطَلِّقك لم تَطلُق حَتَّى يَمُوتَ) لأَنَّ العَدَمَ لا يَتَحقَّقُ إلا بِاليَأسِ عَن الحيَاةِ وَهُوَ الشَّرطُ كَمَا فِي قَولِهِ إن لم آتِ البَصرَةَ، وَمَوتُهَا بِمَنزِلَةِ مَوتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي قَوْلِه إنْ لَمْ آت البَصْرَةَ) يَعْنِي كَمَا إذَا **قَال لَهَا أَنْت طَالِقٌ إنْ لَمْ آت البَصْرَةَ** لا يَقَعُ الطَّلاقُ حَتَّى يَقَعَ اليَأْسُ عَنْ الإتْيان، فَإِذَا انْتَهَى إلى المَوْت فَقَدْ وَقَعَ اليَأْسُ فَوُجِدَ الشَّرْطُ وَالمَحَلُّ قَابِلٌ وَالملكُ بَاقٍ فَوَقَعَ فَكَذَلكَ هُنَا (وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَة مَوْتِه) يَعْنِي يَقَعُ الطَّلاقُ بِمَوْتِهَا قُبَيْل مَوْته أَيْضًا.

وَقَوْلُه (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَة النَّوَادِر فَإِنَّهُ قَال فِيهَا لا يَقَعُ الطَّلاقُ بِمَوْتِهَا لأَنَّ الزَّوْجَ قَادِرٌ عَلى أَنْ يُطَلِّقَهَا مَا لَمْ تَمُتْ، وَإِنَّمَا عَجزَ بِمَوْتِهَا، فَلوْ وَقَعَ الطَّلاقُ لوَقَعَ بَعْدَ المَوْت وَهُوَ نَظيرُ قَوْله إنْ لَمْ آت البَصْرَةَ.

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَة أَنَّ الإيقَاعَ مِنْ حُكْمه الوُقُوعُ وَقَدْ تَحَقَّقَ العَجْزُ عَنْ إيقَاعه قُبَيْل مَوْتِهَا لأَنَّهُ لا يَعْقُبُهُ الوُقُوعُ، كَمَا لوْ **قَال أَنْت طَالِقٌ مَعَ مَوْتك** فَيَقَعُ الطَّلاقُ قُبَيْل مَوْتِهَا بِلا فَصْلٍ، وَلا مِيرَاثَ لِلزَّوْجِ لأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا قَبْل مَوْتِهَا بِإِيقَاعِ الطَّلاق عَليْهَا. وَالفَرْقُ بَيْنَ رِوَايَة مَسْأَلة الكِتَاب وَبَيْنَ قَوْله أَنْت طَالِقٌ إنْ لَمْ آت البَصْرَةَ حَيْثُ لا يَقَعُ الطَّلاقُ بِمَوْتِهَا فِيه، وَفِي مَسْأَلة الكِتَاب يَقَعُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة أَنَّ فِي مَسْأَلة الكِتَاب تَحَقَّقَ شَرْطُ الوُقُوعِ وَهُوَ عَدَمُ التَّطْليقِ فِي زَمَانٍ يُمْكنُ التَّطْليقُ وَهُوَ آخرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاته فَتَطْلُقُ لوُجُود الشَّرْط، بِخِلاف قَوْله إنْ لَمْ آت البَصْرَةَ لأَنَّهُ لا يَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ بِمَوْتِهَا لأَنَّهُ قَادِرٌ عَلى إتْيَانه البَصْرَةَ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الشَّرْطُ فَلا يَقَعُ الطَّلاقُ.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ إذَا لم أُطَلِّقك، أَو إذَا مَا لم أُطَلِّقك لم تَطلُق حَتَّى يَمُوتَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: تَطلُقُ حِينَ سَكَتَ) لأنَّ كَلمَةَ إذَا للوَقتِ قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ ﴾ [التكوير: ١] وَقَال قَائِلُهُم:

وَإِذَا تَكُـــونُ كَرِيهَـــةٌ أُدعَـــى لَهَـــا وَإِذَا يُحَاسُ الحَـــيسُ يُـــدعَى جُنـــدُبٌ

فَصَارَ بِمَنزِلَةِ مَتَى وَمَتَى مَا، وَلِهَذَا لو قَال لامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالقٌ إذَا شِئتِ لا يَخرُجُ الأمرُ مِن يَدِهَا بِالقِيَامِ عَن المَجلسِ كَمَا فِي قَولِهِ مَتَى شِئت. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلمَةَ إذَا تُستَعمَلُ فِي الشَّرطِ أَيضًا، قَال قَائِلُهُم:

وَاستَغنِ مَـــا أَغنَـــاك رَبُّـــك بِـــالغِنَى وَإِذَا تُـــصِبك خَـــصَاصَةٌ فَتَجَمَّـــلِ

فَإِن أُرِيدَ بِهِ الشَّرطُ لم تَطلُق فِي الحَال. وَإِن أُرِيدَ بِهِ الوَقتُ تَطلُقُ فَلا تَطلُقُ بِالشَّكِّ وَالاحتِمَال، بِخِلافِ مَسأَلةِ المَشِيئَةِ لأَنَّهُ عَلى اعتِبَارِ أَنَّهُ للوَقتِ لا يَخرُجُ الأمرُ مِن يَدِهَا، وَعَلى اعتِبَارِ أَنَّهُ للشَّرطِ يَخرُجُ وَالأمرُ صَارَ فِي يَدِهَا فَلا يَخرُجُ بِالشَّكِّ وَالاحتِمَال، وَهَذَا الخِلافُ فِيمَا إذَا لم تَكُن لهُ نِيَّةٌ البَتَّةَ، أَمَّا إذَا نَوَى الوَقتَ يَقَعُ فِي الحَال وَلو نَوَى الشَّرطَ يَقَعُ فِي آخِرِ العُمُرِ لأَنَّ اللَّفظَ يَحتَمِلُهُمَا.

الشرح:

قَال: (وَلَوْ قَال أَنْت طَالِقٌ إذَا لَمْ أُطَلِّقْك أَوْ إذَا مَا لَمْ أُطَلِّقْك لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَمُوتَ) أَقُولُ: إذَا قَال لَهَا أَنْت طَالِقٌ إذَا لَمْ أُطَلِّقْك أَوْ إذَا مَا لَمْ أُطَلِّقْك. فَإِمَّا إنْ نَوَى شَيْئًا أَوْ لَمْ يَنْوِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل، فَإِنْ نَوَى الوَقْتَ وَقَعَ فِي الحَال، وَإِنْ نَوَى الشَّرْطَ وَقَعَ فِي آخِرِ العُمُرِ لأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمَا وَنِيَّةُ المُحْتَمَل صَحِيحَةٌ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ العُلَمَاءُ.

قَال أَبُو حَنِيفَةَ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَمُوتَ، وَقَالا: طَلُقَتْ حِينَ سَكَتَ الزَّوْجُ لأَنَّ كَلِمَةَ إذَا مَوْضُوعَةٌ لِلوَقْتِ وَتُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ مِنْ غَيْرِ سُقُوطِ الوَقْتِ كَمَتَى وَهُوَ مَذْهَبُ البَصْرِيِّينَ، وَاسْتَدَلَّ لَهُمَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ ﴾ لإِفَادَةِ الوَقْتِ الخَالِصِ فِي أَمْرٍ مُتَرَقَّبٍ: أَيْ مُنْتَظَرٍ لا مَحَالَةَ، وَبِقَوْلِهِ:

وَإِذَا تَكُـــونُ كَرِيهَـــةٌ أُدْعَـــى لَهَـــا وَإِذَا يُحَاسُ الحَـــيْسُ يُـــدْعَى جُنْـــدُبُ

لإِفَادَتِهِ فِي أَمْرٍ كَائِنٍ فِي الحَال، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ مَتَى وَمَتَى مَا

إلى عَدَمِ سُقُوطِ مَعْنَى الوَقْتِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِه شَرْطًا. وَاسْتَوْضَحَ كَوْنَهُ بِمَعْنَى مَتَى بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا لَوْ قَالَ **لامْرَأَتِه أَنْتِ طَالِقٌ إذَا شِئْتِ** لا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالقِيَامِ) كَمَا فِي قَوْلِه مَتَى شِئْتِ، وَلَوْ كَانَ بِمَعْنَى إنْ يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالقِيَامِ عَنْ المَجْلِسِ كَمَا فِي إنْ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ إذَا مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَ الظَّرْفِ وَالشَّرْطِ تُسْتَعْمَلُ) فِيهِمَا وَهُوَ مَذْهَبُ الكُوفِيِّينَ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِ الشَّاعِرِ فِي نَصِيحَةِ ابْنِه:

وَاسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالغِنَى ... وَإِذَا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّلِ

وَوَجْهُهُ ذَلِكَ أَنَّ إصَابَةَ الخَصَاصَةِ مِنْ الأُمُورِ المُتَرَدِّدَةِ وَهِيَ لَيْسَتْ مَوْضِعَ إذَا فَكَانَتْ بِمَعْنَى إنْ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى جَانِبِ الظَّرْفِيَّةِ اكْتِفَاءً بِدَلِيلِهَا.

وَإِذَا كَانَتْ مُشْتَرَكَةً لَمْ يَجُزْ اسْتِعْمَالُهَا فِيهِمَا دَفْعَةً (فَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الشَّرْطُ لَمْ تَطْلُقْ فِي الحَالِ، وَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الوَقْتُ طَلُقَتْ فَلا تَطْلُقُ بِالشَّكِّ وَالاحْتِمَالِ، بِخِلافِ مَسْأَلَةِ المَشِيئَةِ لأَنَّهُ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلوَقْتِ لا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلشَّرْطِ يَخْرُجُ وَالأَمْرُ صَارَ فِي يَدِهَا فَلا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ) وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الأَمْرَ صَارَ بِيَدِهَا بِقَوْلِه إذَا شِئْتِ فَلا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مُخْرِجًا لِلأَمْرِ عَنْ يَدِهَا، وَإِلا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الوَاحِدُ عِلَّةً لِلضِّدَّيْنِ. وَالجَوَابُ مَا قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالِقٌ مَا لم أُطَلِّقك أَنتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ بِهَذِهِ التَّطلِيقَةِ) مَعنَاهُ قَال ذَلكَ مَوصُولا بِهِ، وَالقِيَاسُ أَن يَقَعَ المُضَافُ فَيَقَعَانِ إن كَانَت مَدخُولا بِهَا، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ وُجِدَ زَمَانٌ لم يُطَلِّقهَا فِيهِ وَإِن قَلَّ وَهُوَ زَمَانُ قَولِه أَنتِ طَالِقٌ قَبل أَن يَفرُغَ مِنهَا. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ زَمَانَ البِرِّ مُستَثنًى عَن اليَمِينِ بِدَلالةِ الحَال لأَنَّ البِرَّ هُوَ المَقصُودُ، وَلا يُمكِنُهُ تَحقِيقُ البِرِّ إلا أَن يَجعَل هَذَا القَدرَ مُستَثنًى، أَصلُهُ مَن حَلفَ لا يَسكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَاشتَغَل بِالنُّقلةِ مِن سَاعَتِهِ وَأَخَوَاتُهُ عَلى مَا يَأتِيك فِي الأَيمَانِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى.

الشرح:

(وَلَوْ قَال لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْك أَنْتِ طَالِقٌ) وَاضِحٌ وَأَوَّلَهُ بِقَوْلِه (مَوْصُولا) لأَنَّهُ إذَا قَال ذَلِكَ مَفْصُولا وَقَعَتَا قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لأَنَّهُ وَاجِدٌ الزَّمَانَ الخَالِيَ عَنْ التَّطْلِيقِ. وَقَوْلُهُ (وَأَخَوَاتُهُ) يُرِيدُ بِهِ نَحْوَ قَوْلِهِ لا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لابِسُهُ وَلا يَرْكَبُ هَذِهِ

الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَنَزَعَهُ فِي الحَالِ وَنَزَل عَنْهَا لا يَحْنَثُ وَإِنْ كَانَ اللُّبْسُ القَلِيلُ وَالرُّكُوبُ القَلِيلُ يُوجَدَانِ وَقْتَ الاشْتِغَال بِالنَّزْعِ وَالنُّزُول.

(وَمَن قَال لامرأَةٍ: يوم أَتَزَوَّجُك فَأَنتِ طَالقٌ فَتَزَوَّجَهَا ليلا طَلُقَت) لأَنَّ اليومَ يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ فَيُحمَل عَليهِ وَإِذَا قُرِنَ بِفعلٍ يَمتَدُّ كَالصَّومِ وَالأَمرِ بِاليَدِ لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ المِعيَارُ، وَهَذَا أَليَقُ بِهِ، وَيُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ مُطلقُ الوَقتِ قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ ﴾ [الأنفال: ١٦] **وَالْمُرَادُ بِهِ مُطلقُ الوَقتِ فَيُحمَلُ عَليهِ إذَا قُرِنَ بِفعلٍ لا يَمتَدُّ وَالطَّلَاقُ مِن هَذَا القَبِيل فَيَنتَظِمُ اللَّيل وَالنَّهَارَ. وَلو قَال: عَنَيت بِهِ بَيَاضَ النَّهَارِ خَاصَّةً دِينَ فِي القَضَاءِ لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ وَاللَّيلُ لا يَتَنَاوَلُ إلا السَّوَادَ وَالنَّهَارُ يَتَنَاوَلُ البَيَاضَ خَاصَّةً وَهَذَا هُوَ اللُّغَةُ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **قَال لامْرَأَته يَوْمَ أَتَزَوَّجُك فَأَنْت طَالقٌ**) هَاهُنَا ثَلاثَةُ أَلفَاظ: النَّهَارُ وَاللَّيْلُ وَاليَوْمُ، أَمَّا النَّهَارُ فَللبَيَاضِ خَاصَّةً، وَأَمَّا اللَّيْلُ فَللسَّوَاد خَاصَّةً وَذَلكَ حَقِيقَتُهُمَا اللُّغَوِيَّةُ، وَأَمَّا اليَوْمُ فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي بَيَاضِ النَّهَارِ وَمُطْلَقِ الوَقْت بالاشْترَاك عنْدَ بَعْضٍ، وَالصَّحِيحُ وَهُوَ مَذْهَبُ الأَكْثَرِ أَنَّ إطْلاقَهُ عَلى مُطْلقِ الوَقْت مَجَازٌ لأَنَّ حَمْل الكَلامِ عَلى المَجَازِ أَوْلى منْ الاشْترَاك لعَدَم اخْتلال الفَهْم بوُجُود القَرينَة، وَعَلى التَّقْديرَيْنِ لا يَخْلُو منْ الظَّرْفيَّة فَيُرَجَّحُ أَحَدُ مَعْنَيَيْه عَلى الآخَرِ بمَا قُرنَ به. فَإنْ كَانَ مُمْتَدًّا وَهُوَ مَا يَصحُّ فِيه ضَرْبُ المُدَّة كَاللُّبْسِ وَالرُّكُوب وَالمُسَاكَنَة وَغَيْرِهَا لصحَّة أَنْ يُقَال لبسْت يَوْمًا أَوْ رَكبْت يَوْمًا أَوْ سَكَنْت يَوْمًا يُحْمَلُ عَلى بَيَاضِ النَّهَارِ لأَنَّهُ يُرَادُ به المعْيَارُ، وَهَذَا أَليَقُ به وَإنْ كَانَ ممَّا لا يَمْتَدُّ كَالخُرُوجِ وَالدُّخُول وَالقُدُوم لعَدَم صحَّة تَقْديرِهَا بزَمَان، إذْ لا يُقَالُ خَرَجْت أَوْ قَدمْت أَوْ دَخَلت يَوْمًا يُحْمَلُ عَلى مُطْلَقِ الوَقْت اعْتبَارًا للتَّنَاسُب بَيْنَ الظَّرْف وَالمَظْرُوف قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالمُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ لأَنَّ الفَارَّ منْ الزَّحْف يَلحَقُهُ الوَعِيدُ ليْلا كَانَ أَوْ نَهَارًا. وَقَوْلُهُ.

(وَالطَّلاقُ منْ هَذَا القَبيل) يَعْنِي أَنَّهُ منْ قَبيل مَا ليْسَ يَمْتَدُّ فَيَنْتَظمُ اللَّيْل وَالنَّهَارَ يُشيرُ إلى أَنَّهُ اُعْتُبرَ المَظْرُوفُ دُونَ المُضَاف إليْه لأَنَّهُ لتَميُّزِ المُضَاف بَيْنَ سَائرِ الأَيَّامِ. وَلهَذَا

لَمْ يَعْمَل فِيه بِاتِّفَاق أَهْل اللُّغَة، وَكَذَلِكَ إِذَا قِيل: **عَبْدِي حُرٌّ وَامْرَأَتِي طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلانٌ وَأَمْرُك بِيَدِك أَوْ اخْتَارِي يَوْمَ يَقْدَمُ فُلانٌ** يَعْتِقُ عَبْدُهُ وَتَطْلُقُ امْرَأَتُهُ بِقُدُومِه لَيْلا كَانَ أَوْ نَهَارًا لِعُمُومِ الْمَجَازِ، وَلَمْ يَكُنْ الأَمْرُ وَالاخْتِيَارُ بِيَدِهَا بِقُدُومِه لَيْلا مَعَ اتِّحَادِ الْمُضَاف إِلَيْه فِيهِمَا لامْتِدَاد الْمَظْرُوف فِي الثَّانِي دُونَ الأَوَّل، وَفِي اعْتِبَارِ عَامَّة الْمَشَايِخ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا لا يَخْتَلفُ فِيه الْجَوَابُ بِالنَّظَرِ إِلَى حُصُول الْمَقْصُود، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ الْمَظْرُوفُ وَالْمُضَافُ إِلَيْه كِلاهُمَا مِمَّا لا يَمْتَدُّ كَقَوْله: يَوْمَ يَقْدَمُ فُلانٌ فَأَنْت طَالِقٌ، وَلِهَذَا لَمْ يَعْتَبِرْ كُلُّهُمْ فِيمَا إِذَا اخْتَلفَ الْجَوَابُ فِيه كَمَسْأَلَة الاخْتِيَارِ وَالأَمْرِ بِاليَد إِلا الْمَظْرُوفَ.

فَإِنْ قِيل: اعْتَبَرَ الْمُصَنِّفُ الْمُضَافَ إِلَيْه فِي مَسْأَلَة يَوْمَ أُكَلِّمُ فُلانًا فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ مَعَ اخْتِلاف الْجَوَاب لأَنَّ الكَلامَ مِمَّا يَمْتَدُّ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الكَلامَ عِنْدَهُ غَيْرُ مُمْتَدٍّ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخ، وَحِينَئِذٍ لا يَخْتَلفُ الْجَوَابُ فَيَجُوزُ اعْتِبَارُهُ لاسْتِقَامَة الْجَوَاب وَهُوَ الْمَقْصُودُ (وَلَوْ قَال عَنَيْت بِه بَيَاضَ النَّهَارِ خَاصَّةً دُيِّنَ فِي الْقَضَاءِ لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِه) وَقَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ صِحَّة نِيَّة الْحَقِيقَة مَعَ اسْتِغْنَائِهَا عَنْهَا.

فصل

(وَمَن قَال لامرأَتِه: أَنَا مِنك طَالقٌ فَليسَ بِشَيءٍ وَإِن نَوَى طَلاقًا، وَلو قَال: أَنَا مِنك بَائِنٌ أَو أَنَا عَليك حَرَامٌ يَنوِي الطَّلاقَ فَهِيَ طَالقٌ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ الطَّلاقُ فِي الوَجهِ الأَوَّل أَيضًا إِذَا نَوَى) لأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ مُشتَرَكٌ بَينَ الزَّوجَينِ حَتَّى مَلَكَت هِيَ الْمُطَالبَةَ بِالوَطءِ كَمَا يَملكُ هُوَ الْمُطَالبَةَ بِالتَّمكِينِ، وَكَذَا الحِلُّ مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا وَالطَّلاقُ وُضِعَ لإِزَالتِهِمَا فَيَصِحُّ مُضَافًا إِليهِ كَمَا صَحَّ مُضَافًا كَمَا فِي الإِبَانَةِ وَالتَّحرِيمِ.

وَلنَا أَنَّ الطَّلاقَ لإِزَالةِ القَيدِ وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوجِ، أَلا تَرَى أَنَّهَا هِيَ الْمَنُوعَةُ عَن التَّزَوُّجِ وَالخُرُوجِ وَلو كَانَ لإِزَالةِ المِلكِ فَهُوَ عَليهَا لأَنَّهَا مَملُوكَةٌ وَالزَّوجَ مَالكٌ وَلهَذَا سُمِّيَت مَنكُوحَةً بِخِلافِ الإِبَانَةِ لأَنَّهَا لإِزَالةِ الوَصلةِ وَهِيَ مُشتَرَكَةٌ بَينَهُمَا بِخِلافِ التَّحرِيمِ لأَنَّهُ لإِزَالةِ الحِلِّ وَهُوَ مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا فَصَحَّت إِضَافَتُهُمَا إِليهِمَا وَلا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلاقِ إِلا إِليهَا.

الشرح:

(فَصلٌ): لَمَّا كَانَتْ إِضَافَةُ الطَّلاقِ إِلَى النِّسَاءِ مُخَالفَةً لإِضَافَتِه إِلَى الرِّجَال ذَكَرَهَا

فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ وَذَكَرَ فِيهِ مَسَائِل أُخرَ مُتَنَوِّعَةً وَكَانَ حَقُّهَا أَنْ تُذْكَرَ فِي مَسَائِل شَتَّى (وَمَنْ **قَال لامْرَأَته أَنَا مِنْك طَالِقٌ** فَلَيْسَ بِشَيْءٍ وَإِنْ نَوَى طَلاقًا، وَلوْ **قَال أَنَا مِنْك بَائِنٌ أَوْ عَلَيْك حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلاقَ** طَلُقَتْ. وَقَال الشَّافعِيُّ: يَقَعُ الطَّلاقُ فِي الوَجْه الأَوَّل أَيْضًا إِذَا نَوَى) لأَنَّ الطَّلاقَ وُضِعَ لإِزَالة ملك النِّكَاحِ وَالحل المُشْتَرَكَيْنِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، فَإِنَّ الحلَّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَلكَ النِّكَاحُ لَمَّا ذَكَرَ فِي الكتَاب أَنَّهَا تَمْلكُ المُطَالبَةَ بالوَطْءِ كَمَا أَنَّهُ يَمْلكُ المُطَالبَةَ بالتَّمْكِين وَلأَنَّهُمَا يُسَمَّيَان مُتَنَاكحَيْن وَيَذْكُرُ كُلٌّ مِنْهُمَا فِي عَقْد النِّكَاحِ (وَالطَّلاقُ وُضِعَ لرَفْعِ ذَلكَ لا مَحَالةَ) وَكُلُّ مَا وُضِعَ لذَلكَ صَحَّ مُضَافًا إِليْه كَمَا فِي الإِبَانَة وَالتَّحْرِيمِ. وَقُلنَا: لا نُسَلِّمُ أَنَّ الطَّلاقَ وُضِعَ لإِزَالة ملك النِّكَاحِ وَالحلِّ المُشْتَرَكَيْنِ بَل وُضِعَ لإِزَالةِ القَيْد وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوْجِ، أَلا تَرَى أَنَّهَا المَمْنُوعَةُ عَنْ التَّزَوُّجِ وَالبُرُوزِ.

سَلَّمْنَا أَنَّهُ وُضِعَ لذَلكَ لكِنَّ ملكَ النِّكَاحِ لهُ عَليْهَا لأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَالزَّوْجُ مَالكٌ، وَهَذَا لأَنَّهَا تَمْلكُ بالنِّكَاحِ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ فِي مُقَابَلةِ النِّكَاحِ، وَلا يُمْكِنُ أَنْ يَجْتَمِعَ البَدَلان فِي ملك شَخْصٍ وَاحِدٍ (قَوْلُهُ وَلهَذَا) أَيْ لأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ (سُمِّيَتْ مَنْكُوحَةً) أَيْ وَاردًا عَليْهَا ملكُ النِّكَاحِ (بخلاف الإِبَانَة لأَنَّهَا لإِزَالة الوَصْلة وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ، وَبخلاف التَّحْرِيمِ لأَنَّهُ لإِزَالة الحلِّ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ فَصَحَّ إِضَافَتُهُمَا إِلى الزَّوْجَيْنِ، وَلا يَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلاقِ إِلا إِليْهَا) قِيل لوْ كَانَ الزَّوْجَان فِي الإِبَانَة وَالحلِّ مُشْتَرَكَيْنِ لاتَّحَدَا فِي حَقِّ إِضَافَة الإِبَانَة وَالحُرْمَة إِليْهِمَا وَاللازِمُ بَاطلٌ فَكَذَا المَلزُومُ، فَإِنَّهُ إِذَا **قَال أَنْت بَائِنٌ أَوْ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلاقَ** وَقَعَ، وَلوْ **قَال أَنَا بَائِنٌ أَوْ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلاقَ** لمْ يَقَعْ مَا لمْ يَقُل مِنْك أَوْ عَليْك.

وَأُجِيبَ بأَنَّ هَذَا الاخْتِلافَ لمْ يَنْشَأْ مِنْ عَدَمِ الاشْتِرَاك بَل مِنْ حَيْثُ تَعَدُّدُ الملك وَالحلِّ مِنْ جهَته دُونَهَا فَإِنَّهُ ليْسَ عَليْهَا ملكٌ غَيْرُهُ وَلا تَحلُّ عَلى غَيْره مَا دَامَتْ فِي عِصْمَته فَكَانَتْ الجهَةُ مُتَعَيِّنَةً فَاكْتَفَى بقَوْله أَنْت بَائنٌ أَوْ حَرَامٌ وَأَمَّا الزَّوْجُ فَلهُ ملكٌ عَلى غَيْرهَا وَيَحلُّ عَلى غَيْرهَا، وَإِنْ كَانَتْ فِي عِصْمَته فَلا بُدَّ مِنْ ذكْرِ مِنْك أَوْ عَليْك تَعْيِينًا للجهَة.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً أَو لا فَليسَ بِشَيءٍ). قَال ﷺ **: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مِن غَيرِ خِلافٍ، وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا. وَعَلى قَول مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا تَطلُقُ وَاحِدَةً رَجعِيَّةً، ذَكَرَ قَول مُحَمَّدٍ فِي كِتَابِ الطَّلاقِ فِيمَا إِذَا**

قَال لامرأَتِهِ: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً أَو لا شَيءَ، وَلا فَرقَ بَينَ المَسأَلتَينِ.

وَلو كَانَ المَذكُورُ هَاهُنَا قَول الكُلِّ فَعَن مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ، لهُ أَنَّهُ أَدخَل الشَّكَّ فِي الوَاحِدَةِ لدُخُول كَلمَةِ " أَو " بَينَهَا وَبَينَ النَّفيِ فَيَسقُطَ اعتِبَارُ الوَاحِدَةِ وَيَبقَى قَولُهُ أَنتِ طَالقٌ، بِخِلافِ قَولهِ أَنتِ طَالقٌ أَوَّلا لأَنَّهُ أَدخَل الشَّكَّ فِي أَصل الإِيقَاعِ فَلا يَقَعُ.

وَلهُمَا أَنَّ الوَصفَ مَتَى قُرِنَ بِالعَدَدِ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكرِ العَدَدِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو قَال لغَيرِ المَدخُول بِهَا: أَنتِ طَالقٌ ثَلاثًا تَطلُقُ ثَلاثًا، وَلو كَانَ الوُقُوعُ بِالوَصفِ للغَا ذِكرُ الثَّلاثِ، وَهَذَا لأَنَّ الوَاقِعَ فِي الحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ المَنعُوتُ المَحذُوفُ مَعنَاهُ أَنتِ طَالقٌ تَطلِيقَةً وَاحِدَةً عَلى مَا مَرَّ، وَإِذَا كَانَ الوَاقِعُ مَا كَانَ العَدَدُ نَعتًا لهُ كَانَ الشَّكُّ دَاخِلا فِي أَصل الإِيقَاعِ فَلا يَقَعُ شَيءٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ قَال **أَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا** فَليْسَ بِشَيْءٍ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ: (وَلا فَرْقَ بَيْنَ المَسْأَلتَيْنِ) يَعْنِي بَيْنَ قَوْله أَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا وَبَيْنَ قَوْله أَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا شَيْءَ فِي حَقِّ التَّشْكِيكِ فِي الإِيقَاعِ أَوْ فِي حَقِّ الوَضْعِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ كَانَ المَذْكُورُ هَاهُنَا) أَيْ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (قَوْل الكُلِّ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَان) لأَنَّهُ لمْ يَذْكُرْ الخِلافَ فِي وَضْعِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي أَنَّهُ لا يَقَعُ شَيْءٌ فَكَانَ عِنْدَ مُحَمَّد أَيْضًا لا يَقَعُ شَيْءٌ.

ثُمَّ ذَكَرَ قَوْل مُحَمَّد فِي طَلاقِ المَبْسُوط بِأَنَّ عِنْدَهُ تَطْلُقُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً إذَا **قَال أَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا شَيْءَ** وَلا تَفَاوُتَ بَيْنَ الوَصْفَيْنِ وَذَلكَ يَسْتَلزِمُ وُرُودَ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ. وَقَوْلهُ (لهُ) أَيْ لمُحَمَّد (أَنَّهُ أَدْخَل الشَّكَّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلهُمَا) أَيْ وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (أَنَّ الوَصْفَ) يَعْنِي: أَنْت طَالقٌ (مَتَى قُرِنَ بِالعَدَد) مِثْل أَنْ يَقُول أَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلاثًا (كَانَ الوُقُوعُ بِذِكْرِ العَدَد) وَأَطْلقَ العَدَدَ عَلى الوَاحِد مَجَازًا مِنْ حَيْثُ إنَّهُ أَصْلُ العَدَد، وَمَعْنَى كَلامه أَنَّ الوَصْفَ مَتَى قُرِنَ بِالعَدَد كَانَ الكُلُّ كَلامًا وَاحِدًا فِي الإِيقَاعِ، فَحِينَئِذ كَانَ الشَّكُّ الدَّاخِلُ فِي الوَاحِدَة دَاخِلا فِي الإِيقَاعِ فَكَانَ نَظِيرَ قَوْله أَنْت طَالقٌ أَوْ لا، وَهُنَاكَ لا يَقَعُ شَيْءٌ بِالاتِّفَاقِ فَكَذَلكَ هَاهُنَا وَاسْتَوْضَحَ ذَلكَ بِقَوْلهِ (أَلا تَرَى) وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا مَرَّ) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكْرِ العَدَدِ.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ مَعَ مَوتِي أَو مَعَ مَوتِك فَليس بِشَيءٍ) لأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلاقَ إلى حَالتٍ مُنَافِيَتٍ لهُ لأَنَّ مَوتَهُ يُنَافِي الأَهليَّتَ وَمَوتَهَا يُنَافِي المَحَلِّيَّتَ وَلا بُدَّ مِنهُمَا.

(وَإِذَا مَلكَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ أَو شِقصًا مِنهَا أَو مَلكَت المَرأَةُ زَوجَهَا أَو شِقصًا مِنهُ وَقَعَت الفُرقَتُ) للمُنَافَاةِ بَينَ المِلكَين. أَمَّا مِلكُهَا إيَّاهُ فَللاجتِمَاعِ بَينَ المَالكِيَّتِ وَالمَملُوكِيَّتِ، وَأَمَّا مِلكُهُ إيَّاهَا فَلأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ وَلا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَامِ مِلكِ اليَمِينِ فَيَنتَفِي النِّكَاحُ (وَلو اشتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لم يَقَع شَيءٌ) لأَنَّ الطَّلاقَ يَستَدعِي قِيَامَ النِّكَاحِ، وَلا بَقَاءَ لهُ مَعَ المُنَافِي لا مِن وَجهٍ وَلا مِن كُلِّ وَجهٍ، وَكَذَا إذَا مَلكَتهُ أَو شِقصًا مِنهُ لا يَقَعُ الطَّلاقُ لمَا قُلنَا مِن المُنَافَاةِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ لأَنَّ العِدَّةَ وَاجِبَتٌ. بِخِلافِ الفَصل الأَوَّل لأَنَّهُ لا عِدَّةَ هُنَاكَ حَتَّى حَلَّ وَطؤُهَا لهُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ فَللاجْتِمَاعِ بَيْنَ المَالكِيَّة وَالمَمْلُوكِيَّة) قَدْ تَقَدَّمَ تَقْرِيرُهُ مُسْتَوْفًى، وَقَوْلُهُ (فَلأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ) بَيَانُهُ أَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ إثْبَاتُ المِلك عَلى الحُرَّة وَهُوَ عَلى خِلافِ القِيَاسِ وَمَا هُوَ كَذَلكَ فَهُوَ ضَرُورِيٌّ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَيْه الحِلُّ القَوِيُّ وَهُوَ مِلكُ اليَمِينِ يَنْفِي الحِلَّ الضَّرُورِيَّ لضَعْفِه.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مُسَلَّمٌ فِيمَا إذَا مَلكَ **الزَّوْجُ جَمِيعَ مَنْكُوحَته بِملك اليَمِين.** فَأَمَّا إذَا مَلكَ شِقْصًا مِنْهَا فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَنْتَفِيَ الحِلُّ الثَّابتُ بَيْنَهُمَا بِالنِّكَاحِ لأَنَّهُ لَمْ يَطْرَأْ عَلَيْه لا حِلٌّ قَوِيٌّ وَلا ضَعِيفٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ مِلكَ اليَمِينِ دَليلُ الحِلِّ فَقَامَ مَقَامَهُ تَيْسِيرًا (وَلَوْ اشْتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ لأَنَّ الطَّلاقَ يَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ وَلا بَقَاءَ لَهُ مَعَ المُنَافِي لا مِنْ وَجْه) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ العِدَّةُ لأَنَّهَا أَثَرٌ مِنْ آثَارِه فَلا يَجِبُ مَعَ وُجُود المُنَافِي وَإِلا لكَانَ مِلكُ النِّكَاحِ بَاقِيًا مِنْ وَجْهٍ (وَلا مِنْ كُلِّ وَجْه) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ مِلكُ النِّكَاحِ، وَعَلى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ: لا مِنْ وَجْه وَلا مِنْ كُلِّ وَجْه مُتَعَلِّقًا بِقَوْله: وَلا بَقَاءَ.

وَقِيلَ لا مِنْ وَجْه: يَعْنِي إذَا مَلكَ الشِّقْصَ وَلا مِنْ كُلِّ وَجْه: يَعْنِي إذَا مَلكَ الجَمِيعَ، وَعَلى هَذَا يَتَعَلَّقُ بِقَوْله : مَعَ المُنَافِي. وَقَوْلُهُ: (لا عِدَّةَ هُنَاكَ) يَعْنِي فِي حَقِّ مَوْلاهَا الَّذِي كَانَ زَوْجَهَا: أَيْ لا يَظْهَرُ أَثَرُ عِدَّتِهَا بِدَليل حِلِّ وَطْئِهَا. وَأَمَّا العِدَّةُ فِي

نَفْسِهَا فَوَاجِبَةٌ، حَتَّى إِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهَا لَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ بِآخَرَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

(وَلو قَالَ لهَا وَهِيَ أَمَةٌ لغَيرِهِ: أَنتِ طَالقٌ ثِنتَينِ مَعَ عِتقِ مَولاك إِيَّاكَ فَأَعتَقَهَا مَولاهَا مَلكَ الزَّوجُ الرَّجعَةَ) لأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطليقَ بِالإِعتَاقِ أَو العِتقِ لأَنَّ اللَّفظَ يَنتَظِمُهُمَا وَالشَّرطُ مَا يَكُونُ مَعدُومًا عَلى خَطَرِ الوُجُودِ وَللحُكمِ تَعَلُّقٌ بِهِ وَالمَذكُورُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَالمُعَلَّقُ بِهِ التَّطليقُ لأَنَّ فِي التَّعليقَاتِ يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطليقًا عِندَ الشَّرطِ عِندَنَا، وَإِذَا كَانَ التَّطليقُ مُعَلَّقًا بِالإِعتَاقِ أَو العِتقِ يُوجَدُ بَعدَهُ ثُمَّ الطَّلاقُ يُوجَدُ بَعدَ التَّطليقِ فَيَكُونَ الطَّلاقُ مُتَأَخِّرًا عَن العِتقِ فَيُصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلا تَحرمُ حُرمَةً غَلِيظَةً بِالثِّنتَينِ. بَقِيَ شَيءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلقِرَانِ. قُلنَا: قَد تُذكَرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَولِهِ تَعَالَى: ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ [الشرح: ٥، ٦] فَتُحمَلُ عَلَيهِ بِدَلِيل مَا ذَكَرنَا مِن مَعنَى الشَّرطِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَال لهَا وَهِيَ أَمَةٌ لغَيْرِهِ أَنْت طَالقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عِتْقِ مَوْلاك إِيَّاك فَأَعْتَقَهَا مَلكَ الزَّوْجُ الرَّجْعَةَ لأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْليقَ بالإعْتَاق أَوْ العِتْق) وَهَذَا الكَلامُ يَحْتَاجُ إلى بَيَان أَنَّهُ تَعْليقٌ مَعَ عَدَم شَيْءٍ مِنْ أَدَاته وَأَنَّهُ تَعْليقُ التَّطْليقِ المَذْكُورِ دُونَ الطَّلاق وَأَنَّهُ تَعْليقُ التَّطْليقِ بالإعْتَاق أَوْ العِتْق.

أَمَّا أَنَّهُ تَعْليقٌ فَلمَا بَيَّنَهُ المُصَنِّفُ بقَوْله وَالشَّرْطُ مَا يَكُونُ مَعْدُومًا عَلى خَطَرِ الوُجُودِ وَللحُكْمِ تَعَلُّقٌ به وَالمَذْكُورُ: يَعْني بقَوْله مَعَ عِتْقِ مَوْلاك إيَّاك بهَذه الصِّفَة لأَنَّ الإعْتَاقَ منْ المَوْلى أَمْرٌ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الوُجُودِ وَالعَدَمِ وَالحُكْمُ وَهُوَ الطَّلاقُ تَعَلَّقَ به فَكَانَ العِتْقُ شَرْطًا وَوُقُوعُ الطَّلاق مَشْرُوطًا.

وَأَمَّا أَنَّهُ تَعْليقُ التَّطْليقِ فَلأَنَّ تَصَرُّفَ المَرْءِ إنَّمَا يَنْفُذُ فِيمَا يَمْلكُهُ وَهُوَ التَّطْليقُ دُونَ الطَّلاق لكَوْنه أَمْرًا شَرْعِيًّا لَيْسَ دَاخلا تَحْتَ قُدْرَته، وَأَشَارَ إلى ذَلكَ بقَوْله وَالمُعَلَّقُ به التَّطْليقُ لأَنَّ فِي التَّعْليقَات يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطْليقًا عنْدَ الشَّرْط عنْدَنَا بنَاءً عَلى أَنَّ الشَّرْطَ عنْدَنَا يَمْنَعُ علِّيَّةَ العلَّة إلى زَمَان وُجُوده كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول.

وَأَمَّا أَنَّهُ تَعْليقُ التَّطْليقِ بالإعْتَاق أَوْ العِتْق فَلمَا قَال لأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظمُهُمَا: أَيْ يَتَنَاوَلُهُمَا عَلى سَبِيل البَدَل. أَمَّا الإعْتَاقُ فَعَلى طَرِيقِ الاسْتعَارَة لمَا أَنَّ العِتْقَ لمَّا لمْ يُتَصَوَّرْ

فِي غَيْرِ القَرِيبِ إلا بِالإِعْتَاقِ كَانَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الحُكْمِ وَإِرَادَةِ عِلَّتِه.

وَأَمَّا العِتْقُ فَعَلَى طَرِيقِ الحَقِيقَةِ وَهُوَ المَلْفُوظُ فَثَبَتَ أَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالإِعْتَاقِ أَوْ العِتْقِ، وَإِذَا كَانَ التَّطْلِيقُ مُعَلَّقًا بِالإِعْتَاقِ أَوْ العِتْقِ يُوجَدُ بَعْدَهُ لأَنَّ الجَزَاءَ يَعْقُبُ الشَّرْطَ، ثُمَّ الطَّلاقُ يُوجَدُ بَعْدَ التَّطْلِيقِ بَعْدِيَّةً ذَاتِيَّةً لِكَوْنِه حُكْمَهُ فَيَكُونُ الطَّلاقُ مُتَأَخِّرًا عَنْ العِتْقِ فَيُصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَمْ تَحْرُمْ بِالثِّنْتَيْنِ حُرْمَةً غَلِيظَةً.

بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلْمُقَارَنَةِ فَيَكُونُ مُنَافِيًا لِمَعْنَى الشَّرْطِيَّةِ. وَأَجَابَ عَنْهُ بِقَوْلِه قُلنَا قَدْ تُذْكَرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَوْلِه تَعَالى ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ فَتُحْمَلُ عَلَيْهِ بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَعْنَى الشَّرْطِ ضَرُورَةَ تَصْحِيحِ الكَلامِ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ مَعَ عِتْقِ مَوْلاكِ إِيَّاكِ لا يَصِحُّ إلا بِمَعْنَى الإِعْتَاقِ فَمَا وَجْهُ الشِّقِّ الثَّانِي مِنْ التَّرْدِيدِ؟.

وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ التَّقْرِيرِ يَجِبُ أَنْ يَقَعَ طَلاقُ مَنْ قِيلَ لَهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ نِكَاحِكِ لأَنَّهُ يَكُونُ بِمَعْنَى إِنْ نَكَحْتُكِ لَكِنْ لا يَقَعُ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ وَجْهَهُ النَّظَرُ إلى لَفْظَةِ العِتْقِ لِيَتَبَيَّنَ أَثَرُهُ فِيمَا إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ عِتْقِكِ فِي عَدَمِ اخْتِلافِ الحُكْمِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصُّورَةِ المَذْكُورَةِ فِي الكِتَابِ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ العُدُولَ عَنْ مَعْنَى القِرَانِ الَّذِي هُوَ حَقِيقَةُ " مَعَ " إِنَّمَا كَانَ ضَرُورَةَ صِيَانَةِ كَلامِ مَنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي ذَلِكَ تَنْجِيزًا أَوْ تَعْلِيقًا مُطْلَقًا. وَفِيمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُ التَّنْجِيزَ وَلا التَّعْلِيقَ إلا بِالنِّكَاحِ بِصَرِيحِ الشَّرْطِ وَلا يَلْزَمُ مِنْ صِيَانَةِ كَلامِ القَادِرِ مُطْلَقًا صِيَانَةُ كَلامِ مَنْ لَيْسَ كَذَلِكَ.

(وَلَو قَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنتِ طَالِقٌ ثِنتَينِ وَقَالَ المَولى: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنتِ حُرَّةٌ فَجَاءَ الغَدُ لم تَحِلَّ لهُ حَتَّى تَنكِحَ زَوجًا غَيرَهُ وَعِدَّتُهَا ثَلاثُ حِيَضٍ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: زَوجُهَا يَملِكُ الرَّجعَةَ) عَلَيهَا، لأَنَّ الزَّوجَ قَرَنَ الإِيقَاعَ بِإِعتَاقِ المَولى حَيثُ عَلَّقَهُ بِالشَّرطِ الَّذِي عَلَّقَ بِهِ المَولى العِتقَ، وَإِنَّمَا يَنعَقِدُ المُعَلَّقُ سَبَبًا عِندَ الشَّرطِ وَالعِتقُ يُقَارِنُ الإِعتَاقَ لأَنَّهُ عِلَّتُهُ أَصلُهُ الاستِطَاعَةُ مَعَ الفِعلِ فَيَكُونَ التَّطلِيقُ مُقَارِنًا لِلعِتقِ ضَرُورَةً فَتَطلُقُ بَعدَ العِتقِ فَصَارَ كَالمَسأَلَةِ الأُولى وَلِهَذَا تُقَدَّرُ عِدَّتُهَا بِثَلاثِ حِيَضٍ. وَلَهُمَا أَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلاقَ بِمَا عَلَّقَ بِهِ المَولى العِتقَ ثُمَّ العِتقُ يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَكَذَا

الطَّلاقُ وَالطَّلقَتَانِ تُحَرِّمَانِ الأَمَةَ حُرمَةً غَلِيظَةً، بِخِلافِ المَسأَلةِ الأُولَى لأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطلِيقَ بِإِعتَاقِ المَولَى فَيَقَعَ الطَّلاقُ بَعدَ العِتقِ عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ، وَبِخِلافِ العِدَّةِ لأَنَّهُ يُؤخَذُ فِيهَا بِالاحتِيَاطِ، وَكَذَا الحُرمَةُ الغَلِيظَةُ يُؤخَذُ فِيهَا بِالاحتِيَاطِ، وَلا وَجهَ إِلَى مَا قَالَ لأَنَّ العِتقَ لَو كَانَ يُقَارِنُ الإِعتَاقَ لأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَالطَّلاقُ يُقَارِنُ التَّطلِيقَ لأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَيَقتَرِنَانِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَال إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْت طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ وَقَال المَوْلى إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْت حُرَّةٌ فَجَاءَ الغَدُ) حُرِّمَتْ حُرْمَةً غَلِيظَةً (لَمْ تَحِلَّ لهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَعِدَّتُهَا ثَلاثُ حِيَضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: زَوْجُهَا يَمْلكُ الرَّجْعَةَ) كَمَا فِي المَسْأَلة المُتَقَدِّمَة. وَاعْلمْ أَنَّ دَليل مُحَمَّدٍ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ليْسَ بِصَحِيحٍ وَلا يَقْبَلُ الإِصْلاحَ بِالعِنَايَة، وَأَنَا أَذْكُرُهُ بِتَوْضِيحٍ تَبَعًا للمُصَنِّف.

قَال (لأَنَّ الزَّوْجَ قَرَنَ الإِيقَاعَ بِإِعْتَاق المَوْلى) مَعْنًى يَعْنِي عَلى وَجْه التَّعْليق (حَيْثُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْط الَّذِي عَلَّقَ بِه المَوْلى) فَكَانَا مُقْتَرِنَيْنِ فِي ذَلكَ الشَّرْط وَهُوَ مَجِيءُ الغَد، وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرْط إِنَّمَا يَنْعَقِدُ سَبَبًا عِنْدَ الشَّرْط فَكَانَا مُقْتَرِنَيْنِ فِي السَّبَبِيَّة لحُكْمِهِمَا أَيْضًا (وَالعِتْقُ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ لأَنَّهُ عِلَّتُهُ) وَالحُكْمُ لا يَتَأَخَّرُ زَمَانًا عَنْ العِلَّة عِنْدَ المُحَقِّقِينَ سَوَاءٌ كَانَتْ العِلَّةُ شَرْعِيَّةً أَوْ عَقْليَّةً (أَصْلُهُ الاسْتِطَاعَةُ مَعَ الفِعْل) كَمَا عُرِفَ (فَيَكُونُ التَّطْليقُ مُقَارِنًا للعِتْق) لأَنَّ التَّطْليقَ مُقَارِنٌ للإِعْتَاق عَلى مَا ذَكَرْنَا وَالإِعْتَاقَ مُقَارِنٌ للعِتْق وَالطَّلاقَ يُقَارِنُ العِتْقَ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عِلَّتُهُ لا يَتَأَخَّرُ عَنْهَا فَالتَّطْليقُ يُقَارِنُ العِتْقَ، وَهَذَا كُلُّهُ صَحِيحٌ. وَقَوْلُهُ فَتَطْلُقُ بَعْدَ العِتْق) فَاسِدٌ لأَنَّ الطَّلاقَ حُكْمُ التَّطْليق لا يَتَأَخَّرُ عَنْهُ وَالتَّطْليقُ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ وَالإِعْتَاقُ يُقَارِنُ العِتْقَ فَالطَّلاقُ يُقَارِنُ العِتْقَ، فَإِنَّ المُقَارِنَ للمُقَارِن للشَّيْءِ مُقَارِنٌ لذَلكَ الشَّيْءِ فَكَيْفَ يَقَعُ بَعْدَهُ.

فَإِذَا كَانَ العِلَّتَان وَالمَعْلُولان مَعًا، فَكَمَا أَنَّ الإِعْتَاقَ صَادَفَهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَكَذَلكَ التَّطْليقُ وَالطَّلقَتَان تُحَرِّمَان الأَمَةَ حُرْمَةً غَليظَةً، وَظَهَرَ مِنْ هَذَا جَمِيعُ مَا ذَكَرَهُ، وَقَدْ ذَكَرَ لمُحَمَّد أَيْضًا أَنَّ قَوْلهُ أَنْت حُرَّةٌ أَوْجَزُ مِنْ قَوْله: أَنْت طَالقٌ ثِنْتَيْنِ وَهُمَا: أَيْ الإِعْتَاقُ وَالتَّطْليقُ يُوجَدَانِ بِهَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ فَيَتَقَدَّمُ أَوْجَزُهُمَا فِي الوُجُود وَهُوَ

قَوْلُهُ: أَنْتِ حُرَّةٌ فَيُصَادِفُهَا التَّطْلِيقَتَانِ وَهِيَ حُرَّةٌ فَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ عَلَيْهَا وَهَذَا قَرِيبٌ إلا أَنَّ قَوْلَهُ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ: فَيَتَقَدَّمُ أَوْجَزُهُمَا.

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(وَمَن قَال لامرَأَتِهِ: أَنتِ طَالقٌ هكَذَا يُشِيرُ بالإبهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالوُسطَى فَهِيَ ثَلاثٌ) لأنَّ الإشَارَةَ بالأصَابِعِ تُفِيدُ العِلمَ بالعَدَدِ فِي مَجرَى العَادَةِ إذَا اقتَرَنَت بالعَدَدِ المُبهَمِ، قَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الشَّهرُ هكَذَا وَهكَذَا وَهكَذَا»[1] الحَدِيث، وَإن أَشَارَ بوَاحِدَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإن أَشَارَ بِثِنتَينِ فَهِيَ ثِنتَانِ لمَا قُلنَا، وَالإشَارَةُ تَقَعُ بالمَنشُورَةِ مِنهَا، وَقِيل: إذَا أَشَارَ بظُهُورِهَا فَبالمَضمُومَةِ مِنهَا، وَإذَا كَانَ تَقَعُ الإشَارَةُ بالمَنشُورَةِ مِنهَا فَلو نَوَى الإشَارَةَ بالمَضمُومَتَينِ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً، وَكَذَا إذَا نَوَى الإشَارَةَ بالكَفِّ حَتَّى يَقَعَ فِي الأُولى ثِنتَانِ دِيَانَةً، وَفِي الثَّانِيَةِ وَاحِدَةٌ لأنَّهُ يَحتَمِلُهُ لكِنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ، وَلو لم يَقُل هكَذَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ لأنَّهُ لم يَقتَرِن بالعَدَدِ المُبهَمِ فَبَقِيَ الاعتِبَارُ بِقَولِهِ: أَنتِ طَالقٌ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي تَشبِيهِ الطَّلاقِ وَوَصفِه**): ذَكَرَ وَصْفَ الطَّلاقِ بَعْدَ ذِكْرِ أَصْلِه وَتَنْوِيعِه فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ لِكَوْنِه تَابِعًا (**وَمَنْ قَال لامْرَأَتِه أَنْت طَالِقٌ هَكَذَا يُشِيرُ بِالإِبْهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالوُسْطَى** فَهِيَ ثَلاثٌ، لأَنَّ الإِشَارَةَ بِالأُصْبُعِ تُفِيدُ العِلمَ بِالعَدَدِ فِي مَجْرَى العَادَةِ إِذَا قُرِنَتْ بِالعَدَدِ المُبْهَمِ) لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا (قَال النَّبِيُّ ﷺ «**الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَخَنَّسَ الإِبْهَامَ فِي الثَّالِثَةِ**»: يَعْنِي أَنَّ الشَّهْرَ يَكُونُ تِسْعَةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَمَعْنَى خَنَّسَ قَبَضَ (فَإِنْ أَشَارَ بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَشَارَ بِثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثِنْتَان) وَقَدْ طَعَنَ بَعْضُ الجُهَّال عَلَى مُحَمَّدٍ فِي قَوْلِه بِالسَّبَّابَةِ بِأَنَّهُ اسْمٌ جَاهِلِيٌّ وَالاسْمُ الشَّرْعِيُّ المُسَبِّحَةُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَاءَ فِي الحَدِيث السَّبَّابَةُ، رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيه عَنْ جَدِّه أَنَّ رَجُلا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَال: «كَيْفَ الطُّهُورُ؟ فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَاءٍ فَتَوَضَّأَ، فَأَدْخَل

---

(١) أخرجه البخاري في الصوم باب ١١، ١٣، ومسلم في الصيام (١٥، ١٦) من حديث ابن عمر.
وأخرجه مسلم في الصيام (٢٦) من حديث سعد بن أبي وقاص.
وأخرجه البخاري في الصوم باب ١٢، ومسلم في الصيام (٣١، ٣٢) من حديث عائشة.

أُصْبُعَيْهِ السَّبَّابَتَيْنِ أُذُنَيْهِ فَمَسَحَ بِإِبْهَامَيْهِ ظَاهِرَ أُذُنَيْهِ وَبِالسَّبَّابَتَيْنِ بَاطِنَ أُذُنَيْهِ» رَوَاهُ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الآثَارِ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ الإِشَارَةَ بِالأَصَابِعِ تُفِيدُ العِلْمَ بِالعَدَدِ فِي مَجْرَى العَادَةِ إِذَا اقْتَرَنَتْ بِالعَدَدِ. وَقَوْلُهُ (وَالإِشَارَةُ تَقَعُ بِالمَنْشُورَةِ مِنْهَا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا وَصَفَ الطَّلاقَ بِضَربٍ مِن الشِّدَّةِ أَو الزِّيَادَةِ كَانَ بَائِنًا مِثلُ أَن يَقُول: أَنتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَو أَلبَتَّة) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ رَجعِيًّا إِذَا كَانَ بَعدَ الدُّخُول بِهَا لأَنَّ الطَّلاقَ شُرِعَ مُعقِبًا للرَّجعَةِ فَكَانَ وَصفُهُ بِالبَينُونَةِ خِلافَ المَشرُوعِ فَيَلغُو كَمَا إِذَا قَال: أَنتِ طَالِقٌ عَلَى أَن لا رَجعَةَ لِي عَلَيك. وَلنَا أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحتَمِلُهُ لفظُهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ البَينُونَةَ قَبل الدُّخُول بِهَا وَبَعدَ العِدَّةِ تَحصُلُ بِهِ فَيَكُونُ هَذَا الوَصفُ لتَعيِينِ أَحَدِ المُحتَمَلين، وَمَسأَلَةُ الرَّجعَةِ مَمنُوعَةٌ فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِذَا لم تَكُن لهُ نِيَّةٌ أَو نَوَى الثِّنتَينِ.

أَمَّا إِذَا نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ لِمَا مَرَّ مِن قَبلُ، وَلو عَنَى بِقَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَولِهِ بَائِنٌ أَو أَلبَتَّة أُخرَى تَقَعُ تَطلِيقَتَانِ بَائِنَتَانِ لأَنَّ هَذَا الوَصفَ يَصلُحُ لابتِدَاءِ الإِيقَاعِ (وَكَذَا إِذَا قَال: أَنتِ طَالِقٌ أَفحَشَ الطَّلاقِ) لأَنَّهُ إِنَّمَا يُوصَفُ بِهَذَا الوَصفِ بِاعتِبَارِ أَثَرِهِ وَهُوَ البَينُونَةُ فِي الحَال فَصَارَ كَقَولِهِ بَائِنٌ، وَكَذَا إِذَا قَال أَخبَثَ الطَّلاقِ (أَو أَسوَأَهُ لِمَا ذَكَرنَا، وَكَذَا إِذَا قَال طَلاقَ الشَّيطَانِ أَو طَلاقَ البِدعَةِ) لأَنَّ الرَّجعِيَّ هُوَ السُّنِّيُّ فَيَكُونُ قَولُهُ: البِدعَةَ وَطَلاقَ الشَّيطَانِ بَائِنًا.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي قَولِهِ: أَنتِ طَالِقٌ للبِدعَةِ أَنَّهُ لا يَكُونُ بَائِنًا إِلا بِالنِّيَّةِ لأَنَّ البِدعَةَ قَد تَكُونُ مِن حَيثُ الإِيقَاعُ فِي حَالَةِ حَيضٍ فَلا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قَال: أَنتِ طَالِقٌ للبِدعَةِ أَو طَلاقَ الشَّيطَانِ يَكُونُ رَجعِيًّا لأَنَّ هَذَا الوَصفَ قَد يَتَحَقَّقُ بِالطَّلاقِ فِي حَالَةِ الحَيضِ فَلا تَثبُتُ البَينُونَةُ بِالشَّكِّ (وَكَذَا إِذَا قَال: كَالجَبَل) لأَنَّ التَّشبِيهَ بِهِ يُوجِبُ زِيَادَةً لا مَحَالَةَ وَذَلكَ بِإِثبَاتِ زِيَادَةِ الوَصفِ، وَكَذَا إِذَا قَال: مِثل الجَبَل لِمَا قُلنَا، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رَجعِيًّا لأَنَّ الجَبَل شَيءٌ وَاحِدٌ فَكَانَ تَشبِيهًا بِهِ فِي تَوَحُّدِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ وَصَفَهُ) أَيْ وَصَفَ الطَّلاقَ (بِمَا يَحْتَمِلُهُ، أَلا تَرَى أَنَّ البَيْنُونَةَ قَبْل الدُّخُول وَبَعْدَ العِدَّةِ تَحْصُلُ بِهِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ مُحْتَمَلاتِهِ لَمْ يَحْصُل بِهِ (فَيَكُونُ هَذَا

الوَصْفُ لتَعْيينِ أَحَدِ المُحتَمَلينِ). وَاعتُرِضَ عَلَيْه بأَنَّهُ لوْ كَانَ مُحتَملا لَهَا لجَازَ نِيَّتُهَا فَيَقَعُ بِقَوْلِه أَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً بَائنَةً إذَا نَوَى وَلَيْسَ كَذَلكَ.

وَأُجِيبَ بأَنَّ النِّيَّةَ إنَّمَا تَعْمَلُ إذَا لَمْ تَكُنْ مُغَيِّرَةً للمَشْرُوعِ، وَنِيَّةُ البَائنِ مِنْ قَوْلِه أَنْتِ طَالقٌ تُغَيِّرُ المَشْرُوعَ لأَنَّ الطَّلاقَ شُرِعَ مُعَقِّبًا للرَّجْعَة. وَرُدَّ بأَنَّهُ تَسْليمٌ لدَليلِ الخَصْمِ وَمُحْوِجٌ إلى الفَرْقِ بَيْنَ عَدَمِ جَوَازِ كَوْنِ النِّيَّةِ مُغَيِّرَةً وَجَوَازِ كَوْنِ الوَصْفِ مُغَيِّرًا للمَشْرُوعِ. وَأُجِيبَ بأَنَّ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّ الوَصْفَ المَلفُوظَ أَقْوَى فِي اعْتِبَارِ الشَّرْعِ مِنْ النِّيَّةِ، بِدَليلِ أَنَّهُ لوْ **قَالَ أَنْت طَالقٌ وَلَمْ يَتَقَدَّمْ لَهُ تَطْليقٌ** اعْتَبَرَ الشَّرْعُ ذَلكَ طَلاقًا وَغَيَّرَ بِه مَشْرُوعًا وَهُوَ عَدَمُ اعْتِبَارِ الكَذِبِ، وَلوْ **نَوَى طَلاقًا وَلَمْ يَتَلفَّظْ بِلفْظٍ** لَمْ يُعْتَبَرْ طَلاقًا لئَلا يَتَغَيَّرَ المَشْرُوعُ وَهُوَ شَرْعِيَّةُ الوُقُوعِ بأَلفَاظِ الطَّلاقِ.

وَقَوْلُهُ (وَمَسْأَلةُ الرَّجْعَة مَمْنُوعَةٌ) أَيْ لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لا يَقَعُ بَائنًا بَل تَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائنَةٌ، وَلئِنْ سُلِّمَ فَالفَرْقُ أَنَّ فِي قَوْلِه أَنْ لا رَجْعَةَ تَصْرِيحًا بِنَفْيِ المَشْرُوعِ، وَفِي مَسْأَلتِنَا وَصَفَهُ بِالبَيْنُونَة وَلَمْ يَنْفِ الرَّجْعَةَ صَرِيحًا فَيَلزَمُ مِنْهَا نَفْيُ الرَّجْعَة ضِمْنًا، وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَإنْ لَمْ يَثْبُتْ قَصْدًا، كَذَا أَفَادَهُ شَيْخُ شَيْخِي العَلامَةُ.

وَقَوْلُهُ: (فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائنَةٌ) يَعْنِي فِيمَا إذَا **قَالَ: أَنْت طَالقٌ بَائنٌ** (إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ، أَمَّا إذَا نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ لمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيْ فِي بَابِ إيقَاعِ الطَّلاقِ بِقَوْلِه وَنَحْنُ نَقُولُ نِيَّةُ الثَّلاثِ إنَّمَا صَحَّتْ لكَوْنِهَا جِنْسًا. وَقَوْلُهُ: (تَطْليقَتَان بَائنَتَان) يَعْنِي عِنْدَنَا.

وَقِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ تَطْليقَتَان رَجْعِيَّتَان. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ هَذَا الوَصْفَ) يَعْنِي قَوْلَهُ بَائنٌ أَوْ أَلبَتَّةَ يَصْلُحُ لابْتِدَاءِ الإيقَاعِ بأَنْ كَانَ يَقُولُ أَنْت بَائنٌ أَوْ أَنْت أَلبَتَّةَ وَنَوَى بِه الطَّلاقَ، وَكَذَا إذَا نَوَى بِبَتِّه تَطْليقَةً أُخْرَى وَيَكُونُ خَبَرًا بَعْدَ خَبَرٍ فَكَانَ **كَقَوْله: أَنْت طَالقٌ أَنْت بَائنٌ** وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا رَجْعِيًّا عَمَلا بِقَوْله أَنْت طَالقٌ إلا أَنَّا جَعَلنَاهُ بَائنًا لعَدَمِ الإمْكَان لأَنَّ الثَّانِيَ يَكُونُ بَائنًا لا مَحَالةَ عِنْدَنَا فَيَكُونُ الأَوَّلُ كَذَلكَ ضَرُورَةً إذْ لا يُتَصَوَّرُ بَقَاءُ الأَوَّل رَجْعِيًّا إذَا صَارَ الثَّانِي بَائنًا، وَهَذَا يُشِيرُ إلى أَنَّ الأَوَّل يَقَعُ رَجْعِيًّا ابْتِدَاءً فَيَنْقَلبُ بَائنًا بِوُقُوعِ الثَّانِي بَائنًا لعَدَمِ تَصَوُّرِ بَقَائه رَجْعِيًّا. وَهَذَا صَحِيحٌ ظَاهِرٌ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ ذَهَبَ إلى أَنَّ الأَوَّل يَقَعُ رَجْعِيًّا. فَإنْ أَرَادَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلا كَلامَ

فيه، وإنْ أرَادَ بَقاءَهُ رَجْعيًّا فلَيْسَ بصَحِيحٍ. وقَوْلُهُ: (وَكَذَا إذَا قَال أنْت طَالقٌ أفْحَشَ الطَّلاق) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله أنْت طَالقٌ بَائنٌ فِي الأحْكَامِ الأرْبَعَة وَهِيَ قَوْلُهُ فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائنَةٌ إذَا لَمْ يَكُنْ لهُ نِيَّةٌ أوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ. وَلوْ نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ، وَلوْ نَوَى بقَوْله أنْت طَالقٌ وَاحِدَةً وَبقَوْله أفْحَشَ الطَّلاق وَاحِدَةً أخْرَى يَقَعُ تَطْليقَتَان: وَكَذَا الجَوَابُ فِي قَوْله أخْبَثَ الطَّلاق أوْ أشَرَّهُ أوْ أشَدَّهُ أوْ أكْبَرَهُ أوْ أسْوَأَهُ؛ لأنَّ الطَّلاقَ إنَّمَا يُوصَفُ بهَذَا الوَصْف باعْتِبَارِ أثَرِه وَهُوَ البَيْنُونَةُ فِي الحَال لا باعْتِبَارِ ذَاته لكَوْنه غَيْرَ مَحْسُوسٍ. وَمَا هُوَ غَيْرُ مَحْسُوسٍ فَإنَّمَا يُعْرَفُ بأثَرِه فَصَارَ كَأنَّهُ قَال أنْت بَائنٌ.

فَإنْ قِيل: أفْحَشُ وَأشَدُّ وَنَحْوُهُمَا أفْعَلُ التَّفْضِيل فَيَقْتَضِي فَاحِشًا وَأفْحَشَ، وَالفَاحِشُ هُوَ البَائنُ. وَالأفْحَشُ منْهُ هُوَ الثَّلاثُ فَيَنْبَغِي أنْ تَقَعَ الثَّلاثُ به وَنَوَى أوْ لَمْ يَنْوِ. أُجِيبَ بِأنَّ أفْعَل قَدْ يَكُونُ لإثْبَات أَصْل الوَصْف منْ غَيْر زِيَادَة كَقَوْله: النَّاقصُ وَالأشَجُّ أعْدَلا بَنِي مَرْوَانَ وَهُوَ مَشْهُورٌ سُمِّيَ للإضَافَة بالمَعْنَى الثَّاني، وَكَلامُهُ وَاضحٌ لا يَحْتَاجُ إلى شَرْحٍ، وَذَكَرَ الأصْل الَّذي يُبْتَنَى عَلَيْه أقْوَالُهُمْ وَهُوَ أيْضًا وَاضحٌ.

(وَلو قَال لهَا: أنتِ طَالقٌ أشَدَّ الطَّلاقِ أو كَألفٍ أو مِلءَ البَيتِ فَهيَ وَاحِدَةٌ بَائنَةٌ إلا أن يَنوِيَ ثَلاثًا) أمَّا الأوَّلُ فَلأنَّهُ وَصفَهُ بِالشِّدَّةِ وَهُوَ البَائنُ لأنَّهُ لا يَحتَمِلُ الانتِقَاضَ وَالارتِفَاضَ، أمَّا الرَّجعِيُّ فَيَحتَمِلُهُ، وَإنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ لذِكرِهِ المَصدَرَ، وَأمَّا الثَّاني فَلأنَّهُ قَد يُرَادُ بِهَذَا التَّشبِيهِ فِي القُوَّةِ تَارَةً وَفِي العَدَدِ أُخرَى، يُقَالُ هُوَ كَألفِ رَجُلٍ وَيُرَادُ بِهِ القُوَّةُ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الأمرَينِ، وَعِندَ فِقدَانِهَا يَثبُتُ أقَلُّهُمَا.

وَعَن مُحَمَّدٍ أنَّهُ يَقَعُ الثَّلاثُ عِندَ عَدَمِ النِّيَّةِ لأنَّهُ عَدَدٌ فَيُرَادُ بِهِ التَّشبِيهُ فِي العَدَدِ ظَاهِرًا فَصَارَ كَمَا إذَا قَال: أنتِ طَالقٌ كَعَدَدِ ألفٍ، وَأمَّا الثَّالثُ فَلأنَّ الشَّيءَ قَد يَملأُ البَيتَ لعِظَمِهِ فِي نَفسِهِ وَقَد يَملؤُهُ لكَثرَتِهِ، فَأيُّ ذَلكَ نَوَى صَحَّت نِيَّتُهُ، وَعِندَ انعِدَامِ النِّيَّةِ يَثبُتُ الأقَلُّ. ثُمَّ الأصلُ عِندَ أبِي حَنِيفَةَ أنَّهُ مَتَى شَبَّهَ الطَّلاقَ بِشَيءٍ يَقَعُ بَائِنًا: أيُّ شَيءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ ذَكَرَ العِظَمَ أو لم يَذكُر لمَا مَرَّ أنَّ التَّشبِيهَ يَقتَضِي زِيَادَةَ وَصفٍ.

وَعِندَ أبِي يُوسُفَ إن ذَكَرَ العِظَمَ يَكُونُ بَائِنًا وَإلا فَلا أيُّ شَيءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ لأنَّ التَّشبِيهَ قَد يَكُونُ فِي التَّوحِيدِ عَلَى التَّجرِيدِ. أمَّا ذِكرُ العِظَمِ فَللزِّيَادَةِ لا مَحَالَةَ. وَعِندَ زُفَرَ إن كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ مِمَّا يُوصَفُ بِالعِظَمِ عِندَ النَّاسِ يَقَعُ بَائِنًا وَإلا فَهُوَ رَجعِيٌّ. وَقِيل

مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَبَيَانُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الْإِبْرَةِ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الْإِبْرَةِ وَمِثْلُ الْجَبَلِ مِثْلُ عِظَمِ الْجَبَلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَبَيَانُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلِ رَأْسِ الْإِبْرَةِ) يَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الْإِبْرَةِ يَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. (وَقَوْلُهُ مِثْلِ الْجَبَلِ) يَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَمُحَمَّدٍ إِنْ كَانَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (مِثْلِ عِظَمِ الْجَبَلِ) يَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلِوُجُودِ التَّشْبِيهِ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلِذِكْرِ الْعِظَمِ، وَأَمَّا عِنْدَ زُفَرَ فَلِكَوْنِ الْجَبَلِ مِمَّا يُوصَفُ بِالْعِظَمِ عِنْدَ النَّاسِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

(وَلَوْ قَالَ: **أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ عَرِيضَةً أَوْ طَوِيلَةً** فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ مَا لَا يُمْكِنُ تَدَارُكُهُ يَشْتَدُّ عَلَيْهِ وَهُوَ الْبَائِنُ، وَمَا يَصْعُبُ تَدَارُكُهُ يُقَالُ: لِهَذَا الْأَمْرِ طُولٌ وَعَرْضٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا رَجْعِيَّةً لِأَنَّ هَذَا الْوَصْفَ لَا يَلِيقُ بِهِ فَيَلْغُو، وَلَوْ نَوَى الثَّلَاثَ فِي هَذِهِ الْفُصُولِ صَحَّتْ نِيَّتُهُ لِتَنَوُّعِ الْبَيْنُونَةِ عَلَى مَا مَرَّ وَالْوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ.

فصل في الطلاق قبل الدخول

(وَإِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعنَ عَليهَا) لأَنَّ الوَاقِعَ مَصدَرٌ مَحذُوفٌ لأَنَّ مَعنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَم يَكُن قَولُهُ أَنتِ طَالِقٌ إِيقَاعًا عَلَى حِدَةٍ فَيَقَعنَ جُملَةً. (فَإِن فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَت بِالأُولَى وَلَم تَقَع الثَّانِيَةُ وَالثَّالِثَةُ) وَذَلِكَ مِثلُ أَن يَقُولَ: أَنتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ إِيقَاعٌ عَلَى حِدَةٍ إِذَا لَم يَذكُر فِي آخِرِ كَلَامِهِ مَا يُغَيِّرُ صَدرَهُ حَتَّى يَتَوَقَّفَ عَلَيهِ فَتَقَعُ الأُولَى فِي الحَالِ فَتُصَادِفُهَا الثَّانِيَةُ وَهِيَ مُبَانَةٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَت وَاحِدَةٌ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهَا بَانَت بِالأُولَى.

(وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَت قَبلَ قَولِهِ وَاحِدَةً كَانَ بَاطِلًا) لأَنَّهُ قَرَنَ الوَصفَ بِالعَدَدِ فَكَانَ الوَاقِعُ هُوَ العَدَدَ، فَإِذَا مَاتَت قَبلَ ذِكرِ العَدَدِ فَاتَ المَحَلُّ قَبلَ الإِيقَاعِ فَبَطَلَ (وَكَذَا لَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثِنتَينِ أَو ثَلَاثًا) لِمَا بَيَّنَّا وَهَذِهِ تُجَانِسُ مَا قَبلَهَا مِن حَيثُ المَعنَى (وَلَو قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبلَ وَاحِدَةٍ أَو بَعدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَت وَاحِدَةٌ) وَالأَصلُ أَنَّهُ

مَتَى ذَكَرَ شَيئَينِ وَأَدخَل بَينَهُمَا حَرفَ الظَّرفِ إن قَرَنَهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً للمَذكُورِ آخِرًا كَقَولِهِ: جَاءَنِي زَيدٌ قَبلَهُ عَمرٌو، وَإن لم يَقرِنهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً للمَذكُورِ أَوَّلا كَقَولِهِ: جَاءَنِي زَيدٌ قَبل عَمرٍو، وَإِيقَاعُ الطَّلاقِ فِي المَاضِي إيقَاعٌ فِي الحَال لأنَّ الإِسنَادَ ليسَ فِي وُسعِهِ فَالقَبلِيَّةُ فِي قَولِهِ: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً قَبل وَاحِدَةٍ صِفَةٌ للأُولى فَتَبِينُ بِالأُولى فَلا تَقَعُ الثَّانِيَةُ، وَالبَعدِيَّةُ فِي قَولِهِ بَعدَهَا وَاحِدَةٌ صِفَةٌ للأَخِيرَةِ فَحَصَلَت الإِبَانَةُ بِالأُولى.

(وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً قَبلهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنتَانِ) لأَنَّ القَبلِيَّةَ صِفَةٌ للثَّانِيَةِ لاتِّصَالهَا بِحَرفِ الكِنَايَةِ فَاقتَضَى إيقَاعَهَا فِي المَاضِي وَإِيقَاعَ الأُولى فِي الحَال، غَيرَ أَنَّ الإِيقَاعَ فِي المَاضِي إيقَاعٌ فِي الحَال أَيضًا فَيَقتَرِنَانِ فَيَقَعَانِ، وَكَذَا إذَا قَال: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً بَعدَ وَاحِدَةٍ لأَنَّ البَعدِيَّةَ صِفَةٌ للأُولى فَاقتَضَى إيقَاعَ الوَاحِدَةِ فِي الحَال وَإِيقَاعَ الأُخرَى قَبل هَذِهِ فَتَقتَرِنَانِ (وَلو قَال: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً مَعَ وَاحِدَةٍ أَو مَعَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنتَانِ) لأَنَّ كَلِمَةَ مَعَ للقِرَانِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي قَولِهِ: مَعَهَا وَاحِدَةٌ أَنَّهُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ لأَنَّ الكِنَايَةَ تَقتَضِي سَبقَ المُكَنَّى عَنهُ لا مَحَالةَ، وَفِي المَدخُول بِهَا تَقَعُ ثِنتَانِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لقِيَامِ المَحَلِّيَّةِ بَعدَ وُقُوعِ الأُولى.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي الطَّلاقِ قَبل الدُّخُول**): لَمَّا كَانَ الطَّلاقُ قَبْل الدُّخُول مِنْ الطَّلاقِ بَعْدَهُ بِمَنْزِلة العَارِضِ مِنْ الأَصْل وَلهُ أَحْكَامٌ جَمَّةٌ ذَكَرَهُ فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ بَعْدَ ذِكْرِ مَا هُوَ الأَصْلُ (**إذَا قَال لغَيْرِ المَلمُوسَةِ أَنْت طَالقٌ ثَلاثًا وَقَعْنَ**) وَقَال الحَسَنُ البَصْرِيُّ: يَقَعُ وَاحِدَةٌ بِقَوْله أَنْت طَالقٌ وَتَبِينُ بِهَا لا إلى عِدَّةٍ. وَقَوْلُهُ ثَلاثًا يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ فَلا يَقَعُ بِهِ شَيْءٌ، كَمَا لوْ قَال **أَنْت طَالقٌ طَالقٌ طَالقٌ**. وَلنَا مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ لأَنَّ الوَاقِعَ مَصْدَرٌ مَحْذُوفٌ لأَنَّ مَعْنَاهُ طَلاقًا ثَلاثًا عَلى مَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَبْل هَذَا أَنَّ الوَصْفَ مَتَى قُرِنَ بِالعَدَدِ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكْرِ العَدَدِ إلخْ، وَإِنَّمَا يُقَدَّرُ المَصْدَرُ مَحْذُوفًا لأَنَّ الوَصْفَ نَعْتُ المَرْأَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُتَعَدِّدَةٍ فَلا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ شَيْءٍ يَحْتَمِلُ التَّعَدُّدَ، وَالمَصْدَرُ أَوْلى بِذَلكَ لدَلالة الوَصْفِ عَليْهِ، فَإِذَا كَانَ الوَاقِعُ مَصْدَرًا مَحْذُوفًا لمْ يَكُنْ قَوْلُهُ أَنْت طَالقٌ إيقَاعًا عَلى حِدَةٍ وَإِلا لزَادَ عَدَدُ الطَّلاقِ وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَيَقَعْنَ جُمْلةً وَصَارَ الكُلُّ كَلامًا

وَاحِدًا، وَلا كَذَلِكَ أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ لِكَوْنِهَا جُمَلا فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ إِيقَاعًا عَلَى حِدَةٍ وَتَبِينُ بِالأُولَى، وَلا تَقَعُ الثَّانِيَةُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ فِي آخِرِ كَلامِهِ مَا يُغَيِّرُ صَدْرَهُ حَتَّى يَتَوَقَّفَ عَلَيْهِ لأَنَّ الثَّانِيَةَ صَادَفَتْهَا وَهِيَ مُبَانَةٌ.

كَمَا لَوْ **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً** (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةً بَطَلَ لأَنَّهُ قَرَنَ الوَصْفَ بِالعَدَدِ فَكَانَ الوَاقِعُ هُوَ العَدَدُ، فَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَ ذِكْرِ العَدَدِ فَاتَ الْمَحَلُّ قَبْلَ الإِيقَاعِ فَبَطَلَ، وَكَذَا لَوْ **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلاثًا** لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ قَرَنَ الوَصْفَ بِالعَدَدِ فَكَانَ الوَاقِعُ هُوَ العَدَدُ (وَهَذِهِ) أَيْ هَذِهِ الْمَسَائِلُ الثَّلاثُ وَهِيَ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةً، وَكَذَا لَوْ مَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ ثِنْتَيْنِ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ ثَلاثًا (تُوَافِقُ مَا قَبْلَهَا) وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ (مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ) وَهُوَ أَنَّ الوَاقِعَ فِيهِمَا جَمِيعًا ذِكْرُ العَدَدِ لا ذِكْرُ الوَصْفِ وَحْدَهُ، إلا أَنَّ الْحُكْمَ اخْتَلَفَ لِمَا أَنَّ ذِكْرَ العَدَدِ الَّذِي هُوَ الوَاقِعُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّلاثِ صَادَفَ الْمَرْأَةَ وَهِيَ مَيِّتَةٌ فَلَمْ يَقَعْ الطَّلاقُ أَصْلا.

وَهُنَاكَ لَمَّا لَمْ يَقَعْ الطَّلاقُ بِذِكْرِ الوَصْفِ نَفْسِهِ بَلْ بِالعَدَدِ وَصَادَفَهَا العَدَدُ وَهِيَ مَنْكُوحَتُهُ حَيَّةً وَقَعَ الثَّلاثُ لِكَوْنِ الوَاقِعِ هُوَ العَدَدُ فَكَانَ الاعْتِبَارُ فِي الصُّورَتَيْنِ لِلعَدَدِ لا لِلوَصْفِ (قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ) اعْلَمْ أَنَّ كَلِمَةَ قَبْلُ لِلتَّقْدِيمِ وَكَلِمَةَ بَعْدُ لِلتَّأْخِيرِ فَإِذَا **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ أَوْ بَعْدَهَا** وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ.

وَإِذَا **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ أَوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ** وَقَعَتْ ثِنْتَانِ، وَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ فِي الكِتَابِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الظَّرْفَ إِذَا قُيِّدَ بِالكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِمَا بَعْدَهُ، وَإِذَا لَمْ يُقَيَّدْ كَانَ صِفَةً لِمَا قَبْلَهُ. وَالثَّانِي أَنَّ الإِيقَاعَ فِي الْمَاضِي إِيقَاعٌ فِي الْحَالِ لأَنَّ الإِسْنَادَ لَيْسَ فِي سِعَتِهِ، فَإِذَا **قِيلَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ** كَانَ الظَّرْفُ صِفَةً لِمَا قَبْلَهُ فَيَقَعُ وَاحِدَةٌ قَبْلَ الأُخْرَى فَيَفُوتُ الْمَحَلُّ وَتَلْغُو الثَّانِيَةُ، وَإِذَا قَالَ قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ يَكُونُ صِفَةً لِلثَّانِيَةِ فَاقْتَضَى إِيقَاعَهَا فِي الْمَاضِي وَإِيقَاعَ الأُولَى فِي الْحَالِ، وَالإِيقَاعُ فِي الْمَاضِي إِيقَاعٌ فِي الْحَالِ فَيَقْتَرِنَانِ فِي الوُقُوعِ، وَالبَعْدِيَّةُ فِي قَوْلِهِ بَعْدَ وَاحِدَةٍ صِفَةٌ لِمَا قَبْلَهُ فَيَقْتَضِي إِيقَاعَ الأُولَى فِي الْحَالِ وَإِيقَاعَ الثَّانِيَةِ قَبْلَهَا

فَيقْتَرِنَان كَمَا مَرَّ.

وَفِي قَوْله بَعْدَهَا وَاحدَةٌ صفَةٌ للثَّانيَة فَتَبِينُ بِالأُولى وَتَلغُو الثَّانيَةُ لفَوَات المَحَلِّيَّة (وَلَوْ قَال أَنْتِ طَالقٌ وَاحدَةً مَعَ وَاحدَة أَوْ مَعَهَا وَاحدَةٌ وقَعَتْ ثنْتَان) لأَنَّ كَلمَةَ مَعَ للقرَان فَتَتَوَقَّفُ الأُولى عَلى الثَّانيَة تَحْقيقًا لمُرَاده فَوقَعَا مَعًا. وَعَنْ أَبي يُوسُفَ فِي قَوْله مَعَهَا أَنَّهَا تَقعُ وَاحدَةٌ لأَنَّ الكنَايَةَ تَسْتَدْعي سَبْقَ المُكَنَّى عَنْهُ وُجُودًا، وَذَلكَ فِي الطَّلاق بالوُقُوع. وَقَوْلُهُ (وَفِي المَدْخُول بهَا يَقعُ ثنْتَان فِي الوُجُوه كُلِّهَا) أَيْ فِيمَا ذُكرَ منْ قَبْلُ وَبَعْدُ بالكنَايَة وَغَيْرهَا لقيَام المَحَلِّيَّة بَعْدَ وُقُوعِ الأُولى.

(وَلو قَال لهَا: إن دَخَلت الدَّارَ فَأَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلت وَقَعَت عَليهَا وَاحِدَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَقَالا: تَقَعُ ثِنتَان، وَلو قَال لهَا: أَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إن دَخَلت الدَّارَ فَدَخَلت طَلُقَت ثِنتَين) بِالاتِّفَاقِ. لهُمَا أَنَّ حَرفَ الوَاوِ للجَمعِ المُطلقِ فَتَعَلَّقنَ جُملة كَمَا إذَا نَصَّ عَلى الثَّلاثِ أَو أَخَّرَ الشَّرطَ. وَلهُ أَنَّ الجَمعَ المُطلقَ يَحتَمِلُ القِرَانَ وَالتَّرتِيبَ، فَعَلى اعتِبَارِ الأَوَّل تَقَعُ ثِنتَان، وَعَلى اعتِبَارِ الثَّانِي لا تَقَعُ إلا وَاحِدَةٌ كَمَا إذَا نَجَّزَ بِهَذِهِ اللَّفظَة فَلا يَقَعُ الزَّائِدُ عَلى الوَاحِدَةِ بِالشَّكِّ، بِخِلافِ مَا إذَا أَخَّرَ الشَّرطَ لأَنَّهُ مُغَيِّرٌ صَدرَ الكَلامِ فَيَتَوَقَّفُ الأَوَّلُ عَليهِ فَيَقَعنَ جُملة وَلا مُغَيِّرَ فِيمَا إذَا قَدَّمَ الشَّرطَ فَلم يَتَوَقَّف. وَلو عَطَفَ بِحَرفِ الفَاءِ فَهُوَ عَلى هَذَا الخِلافِ فِيمَا ذَكَرَ الكَرخِيُّ، وَذَكَرَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيثِ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً بِالاتِّفَاقِ لأَنَّ الفَاءَ للتَّعقِيبِ وَهُوَ الأَصَحُّ.

الشرح:

قَال: (وَلَوْ قَال لهَا إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالقٌ وَاحدَةً وَوَاحدَةً فَدَخَلتْ وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحدَةٌ) أَقُولُ: إذَا عَلَّقَ بالشَّرْط عَدَدًا منْ الطَّلاق وَعَطَفَ بَعْضَهُ عَلى بَعْضٍ بالوَاو، فَإمَّا أَنْ قَدَّمَ الشَّرْطَ أَوْ أَخَّرَهُ، فَإنْ كَانَ الثَّاني كَمَا إذَا قَال أَنْت طَالقٌ وَاحدَةً وَوَاحدَةً إنْ دَخَلت الدَّارَ فَدَخَلتْ وَقَعَ الجَميعُ بالاتِّفَاق، وَإنْ كَانَ الأَوَّلُ كَمَا إذَا قَال إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالقٌ وَاحدَةً وَوَاحدَةً فَكَذَلكَ عنْدَهُمَا. وَقَال أَبُو حَنيفَةَ يَقَعُ وَاحدَةٌ (لَهُمَا أَنَّ الوَاوَ للجَمْعِ المُطْلَق) وَقَدْ دَخَلتْ بَيْنَ الأَجْزيَة فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فَيَتَعَلَّقْنَ جَميعًا وَيَنْزلنَ جُمْلةً، كَمَا لوْ قَال إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالقٌ ثَلاثًا لأَنَّ الجَمْعَ بوَاوِ الجَمْعِ كَالجَمْعِ بلَفْظِ الجَمْعِ، وَكَمَا لوْ أَخَّرَ الشَّرْطَ فَإنَّ تَأْخيرَهُ لا يُغَيِّرُ مُوجبَ الكَلامِ.

وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ المُطْلَقَ يَحْتَمِلُ القِرَانَ وَالتَّرْتِيبَ لأَنَّ تَحَقُّقَهُ فِي الخَارِجِ لا يُمْكِنُ إلا بِأَحَدِ الوَجْهَيْنِ. وَعَلَى اعْتِبَارِ الأَوَّلِ تَقَعُ الجُمْلَةُ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لا تَقَعُ إلا وَاحِدَةٌ، كَمَا إذَا نَجَّزَ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ بِأَنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَإِنَّهُ لا يَقَعُ إلا وَاحِدَةٌ بِالاتِّفَاقِ فَكَانَ فِي الزَّائِدِ عَلَى الوَاحِدَةِ شَكٌّ فَلا يَقَعُ، بِخِلافِ مَا إذَا أَخَّرَ الشَّرْطَ لأَنَّهُ مُغَيِّرٌ صَدْرَ الكَلامِ عَنْ التَّنْجِيزِ إلى التَّعْلِيقِ، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ تَوَقَّفَ فِيهِ صَدْرُ الكَلامِ عَلَيْهِ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً وَلا مُغَيِّرَ فِيمَا إذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ فَوَقَعَ عَلَى التَّرْتِيبِ وَبَانَتْ بِالأُولَى فَلا تَقَعُ الثَّانِيَةُ وَلَمْ يَجِبْ عَنْ التَّنْصِيصِ بِلَفْظِ الجَمْعِ لِظُهُورِهِ لأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ التَّرْتِيبَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ عَطَفَ بِحَرْفِ الفَاءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلافِ فِيمَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ) فَإِنَّهُ جَعَلَ العَطْفَ بِالوَاوِ وَالفَاءِ سَوَاءً، وَقَالَ إنَّ حَرْفَ العَطْفِ يَجْعَلُهُمَا كَلامًا وَاحِدًا فَتَعَلَّقَا كَمَا فِي صُورَةِ الوَاوِ، وَسَوَاءٌ قَدَّمَ الشَّرْطَ أَوْ أَخَّرَهُ عِنْدَهُمَا خِلافًا لَهُ (وَذَكَرَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةٌ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّ الفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ وَهُوَ الأَصَحُّ).

(وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الكِنَايَاتُ لا يَقَعُ بِهَا الطَّلاقُ إلا بِالنِّيَّةِ أَو بِدَلالَةِ الحَالِ) لأَنَّهَا غَيرُ مَوضُوعَةٍ لِلطَّلاقِ بَل تَحتَمِلُهُ وَغَيرَهُ فَلا بُدَّ مِن التَّعيِينِ أَو دَلالَتِهِ. قَال (وَهِيَ عَلَى ضَربَينِ: مِنهَا ثَلاثَةُ أَلفَاظٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلاقُ الرَّجعِيُّ وَلا يَقَعُ بِهَا إلا وَاحِدَةٌ، وَهِيَ قَولُهُ: اعتَدِّي وَاستَبرِئِي رَحِمَكِ وَأَنتِ وَاحِدَةٌ) أَمَّا الأُولَى فَلأَنَّهَا تَحتَمِلُ الاعتِدَادَ عَن النِّكَاحِ وَتَحتَمِلُ اعتِدَادَ نِعَمِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِن نَوَى الأَوَّلَ تَعَيَّنَ بِنِيَّتِهِ فَيَقتَضِي طَلاقًا سَابِقًا وَالطَّلاقُ يُعقِبُ الرَّجعَةَ. وَأَمَّا الثَّانِيَةُ: فَلأَنَّهَا تُستَعمَلُ بِمَعنَى الاعتِدَادِ لأَنَّهُ تَصرِيحٌ بِمَا هُوَ المَقصُودُ مِنهُ فَكَانَ بِمَنزِلَتِهِ وَتَحتَمِلُ الاستِبرَاءَ لِيُطَلِّقَهَا، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ: فَلأَنَّهَا تَحتَمِلُ أَن تَكُونَ نَعتًا لِمَصدَرٍ مَحذُوفٍ مَعنَاهُ تَطلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا نَوَاهُ جُعِل كَأَنَّهُ قَالَهُ، وَالطَّلاقُ يُعقِبُ الرَّجعَةَ، وَيَحتَمِلُ غَيرَهُ وَهُوَ أَن تَكُونَ وَاحِدَةً عِندَهُ أَو عِندَ قَومِهِ، وَلَمَّا احتَمَلَت هَذِهِ الأَلفَاظُ الطَّلاقَ وَغَيرَهُ تَحتَاجُ فِيهِ إلى النِّيَّةِ وَلا تَقَعُ إلا وَاحِدَةٌ لأَنَّ قَولَهُ: أَنتِ طَالِقٌ فِيهَا مُقتَضًى أَو مُضمَرٌ، وَلَو كَانَ مُظهَرًا لا تَقَعُ بِهَا إلا وَاحِدَةٌ، فَإِذَا كَانَ مُضمَرًا أَولَى، وَفِي قَولِهِ وَاحِدَةٌ وَإِن صَارَ المَصدَرُ مَذكُورًا لَكِنَّ التَّنصِيصَ عَلَى الوَاحِدَةِ يُنَافِي نِيَّةَ الثَّلاثِ، وَلا مُعتَبَرَ بِإِعرَابِ الوَاحِدَةِ عِندَ عَامَّةِ المَشَايِخِ هُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّ العَوَامَّ لا يُمَيِّزُونَ بَينَ وُجُوهِ الإِعرَابِ.

قَال (وَبَقِيَّةُ الكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَت وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَإِن نَوَى ثَلاثًا كَانَت ثَلاثًا، وَإِن نَوَى ثِنتَيْنِ كَانَت وَاحِدَةً، وَهَذَا مِثلُ قَولِه: أَنتِ بَائِنٌ وَبَتَّةٌ وَبَتلَةٌ وَحَرَامٌ وَحَبلُكِ عَلَى غَارِبِكِ وَالحَقِي بِأَهلِكِ وَخَلِيَّةٌ وَبَرِيَّةٌ ووَهَبتُكِ لأَهلِكِ وَسَرَّحتُك وَفَارَقتُك وَأَمرُك بِيَدِك وَاختَارِي وَأَنتِ حُرَّةٌ وَتَقَنَّعِي وَتَخَمَّرِي وَاستَتِرِي وَاغرُبِي وَاخرُجِي وَاذهَبِي وَقُومِي وَابتَغِي الأَزوَاجَ) لأَنَّهَا تَحتَمِلُ الطَّلَاقَ وَغَيرَهُ فَلا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. قَال (إلا أَن يَكُونَ فِي حَال مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ) فَيَقَعُ بِهَا الطَّلاقُ فِي القَضَاءِ، وَلا يَقَعُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى إلا أَن يَنوِيَهُ. قَال ﷺ (سَوَّى بَينَ هَذِهِ الأَلفَاظِ وَقَال: وَلا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ إِذَا كَانَ فِي حَال مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ).

قَالُوا: (وَهَذَا فِيمَا لا يَصلُحُ رَدًّا) وَالجُملَةُ فِي ذَلكَ أَنَّ الأَحوَال ثَلاثَةٌ: حَالَةٌ مُطلقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا، وَحَالَةُ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَحَالَةُ الغَضَبِ. وَالكِنَايَاتُ ثَلاثَةُ أَقسَامٍ: مَا يَصلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا، وَمَا يَصلُحُ جَوَابًا لا رَدًّا، وَمَا يَصلُحُ جَوَابًا وَسَبًّا وَشَتِيمَةً. فَفِي حَالَةِ الرِّضَا لا يَكُونُ شَيءٌ مِنهَا طَلَاقًا إلا بِالنِّيَّةِ، فَالقَولُ قَولُهُ فِي إِنكَارِ النِّيَّةِ لِمَا قُلنَا، وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ لا يُصَدَّقُ فِيمَا يَصلُحُ جَوَابًا، وَلا يَصلُحُ رَدًّا فِي القَضَاءِ مِثلُ قَولِهِ خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَائِنٌ بَتَّةٌ حَرَامٌ اعتَدِّي أَمرُك بِيَدِك اختَارِي؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلَاقُ عِندَ سُؤَال الطَّلَاقِ، وَيُصَدَّقُ فِيمَا يَصلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا مِثلُ قَولِهِ: اذهَبِي اُخرُجِي قُومِي تَقَنَّعِي تَخَمَّرِي وَمَا يَجرِي هَذَا المَجرَى لأَنَّهُ يَحتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الأَدنَى فَحُمِل عَلَيهِ. وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ لاحتِمَال الرَّدِّ وَالسَّبِّ، إلا فِيمَا يَصلُحُ للطَّلَاقِ وَلا يَصلُحُ للرَّدِّ وَالشَّتمِ كَقَولِهِ: اعتَدِّي وَاختَارِي وَأَمرُك بِيَدِك فَإِنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِيهَا لأَنَّ الغَضَبَ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الطَّلَاقِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي قَولِهِ: لا مِلكَ لي عَلَيك وَلا سَبِيل لي عَلَيك وَخَلَّيتُ سَبِيلك وَفَارَقتُك، أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الغَضَبِ لِمَا فِيهَا مِن احتِمَال مَعنَى السَّبِّ.

الشرح:

قَال: (وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي: وَهُوَ الكِنَايَاتُ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ الضَّرْبِ الأَوَّل وَهُوَ الصَّرِيحُ شَرَعَ فِي بَيَانِ الضَّرْبِ الثَّانِي وَهُوَ الكِنَايَاتُ. الكِنَايَةُ: مَا اسْتَتَرَ المُرَادُ بِه. وَحُكْمُهَا أَنَّهُ لا يَجِبُ العَمَلُ بِهَا إلا بِالنِّيَّة أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ دَلالَة الحَال لأَنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِمَا اُسْتُعْمِلَتْ فِيه بَل تَحْتَمِلُهُ وَغَيْرَهُ فَلا بُدَّ مِنْ التَّعْيِينِ أَوْ دَلالَتِه (ثُمَّ الكِنَايَةُ

عَلى ضَرْبَيْنِ) مَا يَكُونُ الوَاقِعُ بِهِ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَمَا يَكُونُ وَاحِدَةً بَائِنَةً، فَالأَوَّلُ ثَلاثَةُ أَلفَاظ هِيَ: اعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَك وَأَنْت وَاحِدَةٌ، وَلا بُدَّ لِكُلِّ وَاحِدَة مِنْهَا مِنْ احْتِمَال مَعْنَيَيْنِ حَتَّى يَحْتَاجَ إلى التَّعْيِينِ بِالنِّيَّة أَوْ بِمَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ دَلالَة الحَال، وَقَدْ ذَكَرَ المُصَنِّفُ فِي كُلِّ وَاحِد مِنْهَا ذَلكَ وَكَلامُهُ فيه وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ قَوْلَهُ أَنْت طَالِقٌ فِيهَا) أَيْ فِي هَذه الأَلفَاظ الثَّلاثَة (مُقْتَضًى) أَيْ ثَابِتٌ بِالاقْتِضَاءِ فِي قَوْله اعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي كَمَا أَشَارَ إلَيْه فِي قَوْله فَيَقْتَضِي طَلاقًا سَابِقًا، لأَنَّ الأَمْرَ بِالاعْتِدَاد بِغَيْرِ طَلاق غَيْرُ صَحِيح فَلا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الطَّلاق سَابِقًا.

وَقَوْلُهُ: (أَوْ مُضْمَرٌ) يَعْنِي فِي قَوْله أَنْت وَاحِدَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا مُعْتَبَرَ بِإِعْرَاب الوَاحِدَة عِنْدَ عَامَّة المَشَايِخِ) يَعْنِي سَوَاءً قَال أَنْت طَالِقٌ وَاحِدَةً بِالنَّصْب أَوْ بِالرَّفْعِ أَوْ بِالسُّكُون، فَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل بَعْضِ المَشَايِخِ يَقَعُ **الطَّلاقُ إذَا نَصَبَ الوَاحِدَةَ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ** لِكَوْنِه صِفَةً للطَّلقَة، أَمَّا إذَا رَفَعَهَا فَلا يَقَعُ وَإِنْ نَوَى لأَنَّهَا حِينَئذ تَكُونُ صِفَةَ شَخْصِهَا، وَقِيل هُوَ قَوْلُ مُحَمَّد. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَقَعُ فِي الأَحْوَال كُلِّهَا لأَنَّ نِيَّةَ الطَّلاق تُعْرِبُ عَنْ الغَرَضِ وَإِنْ أَخْطَأَ فِي الإِعْرَاب، وَإِنْ أَسْكَنَ فَهُوَ مُحْتَاجٌ إلى النِّيَّة لاحْتِمَال المَعْنَيَيْنِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الكُلَّ سَوَاءٌ (لأَنَّ العَوَامَّ لا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وُجُوه الإِعْرَاب).

وَالثَّانِي هُوَ: بَقِيَّةُ الكِنَايَات وَهِيَ المَذْكُورَةُ فِي الكِتَاب (إذَا نَوَى بِهَا الطَّلاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً وَإِنْ نَوَى ثَلاثًا كَانَ ثَلاثًا وَإِنْ نَوَى ثِنْتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً) أَمَّا وُجُوبُ النِّيَّة فَلمَا ذَكَرْنَا مِنْ احْتِمَاله الطَّلاقَ وَغَيْرَهُ إلا أَنْ يَكُونَ فِي حَال مُذَاكَرَة الطَّلاق فَإِنَّ القَاضِيَ يَحْكُمُ بِالوُقُوعِ وَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجُ عَدَمَ النِّيَّة. وَأَمَّا جَوَازُ نِيَّة الثَّلاث فَلأَنَّ الوَاقِعَ بِهَا إذَا كَانَ بَائِنًا فَالبَيْنُونَةُ تَتَّصِلُ بِالمَرْأَة للحَال، وَلاتِّصَالهَا وَجْهَان: انْقِطَاعٌ يَرْجِعُ إلى المِلك، وَانْقِطَاعٌ يَرْجِعُ إلى الحِلِّ فَيَتَعَدَّدُ المُقْتَضَى بِتَعَدُّدِ المُقْتَضِي عَلى الاحْتِمَال فَصَحَّ تَعْيِينُهُ وَالمُسْتَثْنَى بِمَعْزِلٍ عَنْ ذَلكَ.

قَال المُصَنِّفُ (سَوَّى) يَعْنِي القُدُورِيَّ (بَيْنَ أَلفَاظ الكِنَايَات) فِي وُقُوعِ الطَّلاق بِلا نِيَّة حَال مُذَاكَرَة الطَّلاق، وَلَيْسَ عَلى إطْلاقه بَل إنَّمَا ذَلكَ فِيمَا لا يَصْلُحُ رَدًّا) فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانٍ، وَبَيَّنَ بِقَوْله (وَالجُمْلَةُ فِي ذَلكَ أَنَّ الأَحْوَال ثَلاثَةٌ: حَالةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالةُ

الرِّضَا، وَحَالَةُ مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ) بِأَنْ تَسْأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ (وَحَالَةُ غَضَبِ الزَّوْجِ. **وَالكنَايَاتُ عَلَى ثَلاثَةِ أَقْسَامٍ**: مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا) وَهُوَ سَبْعَةٌ: اُخْرُجِي اذْهَبِي اُغْرُبِي قُومِي تَقَنَّعِي اسْتَتِرِي تَخَمَّرِي، أَمَّا صَلاحِيَةُ هَذِهِ الأَلفَاظِ للرَّدِّ فَأَنْ **يُرِيدَ الزَّوْجُ بِقَوْلِهِ اُخْرُجِي اُتْرُكِي سُؤَالَ الطَّلاقِ وَكَذَلِكَ اذْهَبِي وَاغْرُبِي وَقُومِي**. وَأَمَّا تَقَنَّعِي فَمِنْ القَنَاعَةِ، وَقِيلَ مِنْ القِنَاعِ وَهُوَ الخِمَارُ؛ وَمَعْنَى الرَّدِّ فِيهِ هُوَ أَنْ يَنْوِيَ وَاقْنَعِي بِمَا رَزَقَك اللَّهُ مِنِّي مِنْ أَمْرِ المَعِيشَةِ وَاتْرُكِي سُؤَالَ الطَّلاقِ وَاشْتَغِلِي بِالتَّقَنُّعِ الَّذِي هُوَ أَهَمُّ لك مِنْ سُؤَالِ الطَّلاقِ، وَكَذَا قَوْلُهُ اسْتَتِرِي وَتَخَمَّرِي لأَنَّهُمَا مِنْ السَّتْرِ وَالخِمَارِ (وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لا رَدًّا) ثَمَانِيَةُ أَلفَاظٍ: خَلِيَّةٌ. بَرِيَّةٌ. بَائِنٌ. بَتَّةٌ حَرَامٌ. اعْتَدِّي. أَمْرُك بِيَدِك. اخْتَارِي. وَالخَمْسَةُ الأُولى تَصْلُحُ للسَّبِّ وَالشَّتِيمَةِ أَيْضًا. إذَا عُرِفَ هَذَا فَفِي حَالَةِ الرِّضَا لا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهَا طَلاقًا إلا بِالنِّيَّةِ لَمَا قُلنَا إنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ تَحْتَمِلُ الطَّلاقَ وَغَيْرَهُ فَلا بُدَّ مِنْ النِّيَّةِ بِتَعْيِينِ أَحَدِ المُحْتَمَليْنِ، وَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِي إنْكَارِ النِّيَّةِ مَعَ يَمِينِهِ وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ لَمْ يَصْدُقْ قَضَاءً فِي قَوْلِهِ لَمْ أَنْوِ الطَّلاقَ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَلا يَصْلُحُ رَدًّا وَهُوَ الأَلفَاظُ الثَّمَانِيَةُ المَذْكُورَةُ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلاقُ عِنْدَ سُؤَالِ الطَّلاقِ، وَالحَاكِمُ إنَّمَا يَسْتَتْبِعُ الظَّاهِرَ وَيَصْدُقُ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا وَهُوَ الأَلفَاظُ السَّبْعَةُ المُتَقَدِّمَةُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يَجْرِي هَذَا المَجْرَى) يُرِيدُ بِهِ مِثْلَ اُغْرُبِي وَاسْتَتِرِي لأَنَّهُ احْتَمَلَ الرَّدَّ وَهُوَ الأَدْنَى فَحُمِلَ عَلَيْهِ، وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يَصْدُقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ: يَعْنِي أَقْسَامَ الكنَايَاتِ لاحْتِمَالِ الرَّدِّ أَوْ السَّبِّ إلا فِيمَا يَصْلُحُ للطَّلاقِ وَلا يَصْلُحُ للرَّدِّ وَالشَّتْمِ، وَهُوَ ثَلاثَةُ أَلفَاظٍ: اعْتَدِّي، وَاخْتَارِي وَأَمْرُك بِيَدِك، فَإِنَّهُ لا يَصْدُقُ فِيهَا لأَنَّ الغَضَبَ يَدُلُّ عَلى إرَادَةِ الطَّلاقِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا **قَالَ فِي حَالَةِ الغَضَبِ لا ملكَ لِي عَلَيْك وَلا سَبِيلَ لِي عَلَيْك وَخَلَّيْت سَبِيلك وَفَارَقْتُك وَقَالَ لَمْ أَنْوِ الطَّلاقَ** صَدَقَ لَمَا فِيهَا مِنْ احْتِمَالِ مَعْنَى السَّبِّ، وَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَلفَاظٍ.

وَقِيلَ خَمْسَةُ أَلفَاظٍ خَامِسُهَا الحَقِي بِأَهْلِك أَلحَقَهَا أَبُو يُوسُفَ بِالخَمْسَةِ المَذْكُورَةِ المُحْتَمِلةِ للسَّبِّ مِنْ حَيْثُ احْتِمَالُهَا السَّبَّ، فَإِنَّ قَوْلَهُ لا ملكَ لِي عَلَيْك يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ لأَنَّك أَقَلُّ مِنْ أَنْ تُنْسَبِي إلى مِلكِي أَوْ أُنْسَبَ إلَيْك بِالملكِ وَلا سَبِيلَ لِي عَلَيْك لسُوءِ خُلُقِك وَاجْتِمَاعِ أَنْوَاعِ الشَّرِّ فِيك وَخَلَّيْت سَبِيلك لقَذَارَتِك وَفَارَقْتُك فِي

المَضْجَع لذَفَرك وَعَدَم نَظَافَتك، وَالحَقِي بِأَهْلك لأَنَّك أَوْحَشُ مِنْ أَنْ تَكُونِي خَلِيلتي.

ثُمَّ وُقُوعُ البَائِنِ بِمَا سِوَى الثَّلاثَةِ الأُوَل مَذهَبُنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ بِهَا رَجعِيًّا لأَنَّ الوَاقِعَ بِهَا طَلَاقٌ، لأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَن الطَّلاقِ وَلِهَذَا تُشتَرَطُ النِّيَّةُ وَيُنتَقَصُ بِهِ العَدَدُ، وَالطَّلاقُ مُعقِبٌ للرَّجعَةِ كَالصَّرِيحِ. وَلَنَا أَنَّ تَصَرُّفَ الإِبَانَةِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ مُضَافًا إِلى مَحِلِّهِ عَن وِلايَةٍ شَرعِيَّةٍ، وَلا خَفَاءَ فِي الأَهلِيَّةِ وَالمَحَلِّيَّةِ، وَالدَّلالَةُ عَلى الوِلايَةِ أَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلى إِثبَاتِهَا كَي لا يَنسَدَّ عَلَيهِ بَابُ التَّدَارُكِ وَلا يَقَعُ فِي عُهدَتِهَا بِالمُرَاجَعَةِ مِن غَيرِ قَصدٍ، وَلَيسَت كِنَايَاتٍ عَلى التَّحقِيقِ لأَنَّهَا عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا، وَالشَّرطُ تَعيِينُ أَحَدِ نَوعَي البَينُونَةِ دُونَ الطَّلاقِ، وَانتِقَاصُ العَدَدِ لِثُبُوتِ الطَّلاقِ بِنَاءً عَلى زَوَالِ الوَصلَةِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ فِيهَا لِتَنَوُّعِ البَينُونَةِ إِلى غَلِيظَةٍ وَخَفِيفَةٍ، وَعِندَ انعِدَامِ النِّيَّةِ يَثبُتُ الأَدنَى، وَلا تَصِحُّ نِيَّةُ الاثنَتَينِ عِندَنَا خِلافًا لِزُفَرَ لأَنَّهُ عَدَدٌ وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

قَال (ثُمَّ وُقُوعُ البَائِنِ بمَا سِوَى الثَّلاثَة الأُوَل مَذْهَبُنَا) وَهُوَ مَذْهَبُ عَامَّة الصَّحَابَة (وَقَال الشَّافعيُّ يَقَعُ بهَا رَجْعِيٌّ) وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُود (لأَنَّ الوَاقعَ بهَا طَلاقٌ) وَاحدٌ (لأَنَّهَا كنَايَاتٌ عَنْ الطَّلاق وَلهَذَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ) وَالكنَايَاتُ عَنْ الطَّلاق طَلاقٌ وَلهَذَا يُنْتَقَصُ به العَدَدُ (وَالطَّلاقُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ كَالصَّريح) فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ مُعقبًا للرَّجْعَة لكَوْنه طَلاقًا (وَلَنَا أَنَّ تَصرُّفَ الإِبَانَة صَدَرَ عَنْ أَهْله مُضَافًا إلى مَحلِّه عَنْ ولايَة شَرْعيَّة) وَكُلُّ مَا صَدَرَ منْ أَهْله كَذَلكَ كَانَ صَحيحًا لا مَحَالَةَ. أَمَّا الأَهْليَّةُ فَلا خَفَاءَ فيه لأَنَّ الكَلامَ في الأَهْل، وَأَمَّا المَحَلِّيَّةُ فَثَابتَةٌ وَلهَذَا كَانَتْ المَرْأَةُ مَحلا للبَيْنُونَة الغَليظَة بالاتِّفَاق، وَأَمَّا الولايَةُ الشَّرْعيَّةُ فَلأَنَّ الدَّليل الدَّالَّ عَلى ولايَة الطَّلاق شَرْعًا وَهُوَ مسَاسُ الحَاجَة إلى إثْبَاتهَا دَالٌّ عَلى ولايَة الإِبَانَة بوَجْهَيْن ذَكَرَهُمَا المُصَنِّفُ:

أَحَدُهُمَا قَوْلُهُ: (كَيْ لا يَنْسَدَّ بَابُ التَّدَارُك).

وَالثَّاني قَوْلُهُ: (وَلا يَقَعُ في عُهْدَتهَا بالمُرَاجَعَة منْ غَيْر قَصْد).

وَقَوْلُهُ: (بَابُ التَّدَارُك) أَيْ تَدَارُك دَفْع المَرْأَة عَنْ نَفْسه لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَقَعْ البَيْنُونَةُ عنْدَ نيَّته عَسَى تُوقعُ المَرْأَةُ عَلَيْه نَفْسَهَا وَقَبَّلَتْهُ بشَهْوَة فَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ وَالزَّوْجُ يُريدُ فرَاقَهَا، كَذَا في النِّهَايَة، وَفي هَذَا كَمَا تَرَى جَعَل الوَجْهَيْن وَجْهًا وَاحدًا لأَنَّهُ بعَيْنه تَفْسيرُ الوَجْه

الثَّانِي، فَإِنْ جَعَلت الثَّانِيَ تَفسِيرًا للأَوَّل بالعَطْف فَسَدَ النُّكْتَةُ جُمْلَةً لأَنَّ وُقُوعَ المُرَاجَعَة مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ لا يَسْتَقِيمُ عَلى مَذْهَبه، وَإِذَا فَسَدَ التَّفْسِيرُ فَسَدَ المُفَسَّرُ. وَالأَوْلى أَنْ يُفَسَّرَ قَوْلُهُ كَيْ لا يَنْسَدَّ بَابُ التَّدَارُكِ بِأَنَّ الرَّجُل قَدْ يَكُونُ نَافِرًا عَنْ المَرْأَة جدًّا بِسَبَبٍ مِنْ الأَسْبَاب فَيُرِيدُ فِرَاقَهَا عَلى وَجْهٍ لا يَحِلُّ لهُ الرُّجُوعُ ثُمَّ يَبْدُو لهُ، فَلوْ لمْ يُوجَدْ الوَاحِدُ البَائِنُ لطَلَّقَهَا ثَلاثًا وَلا يَرْضَى بِالاسْتِحْلال فَيَنْسَدُّ عَليْه بَابُ التَّدَارُك، وَأَمَّا إِذَا وُجِدَ ذَلكَ فَيَتَدَارَكُ بتَجْديد النِّكَاح.

وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّانِي: فَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَة. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول هَذَا الدَّليلُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ تَصَرُّفَ الإِبَانَة قَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْله إلخ فَيَكُونُ صَحِيحًا، وَالمُدَّعِي أَنَّ هَذَا التَّصَرُّفَ تَصَرُّفُ إِبَانَة فَلا بُدَّ مِنْ إِثْبَاته ليَصِحَّ أَنْ يُقَال تَصَرُّفُ الإِبَانَة صَدَرَ مِنْ أَهْله.

وَالجَوَابُ: أَنَّ هَذَا الدَّليل يَدُلُّ عَلى أَنَّ الإِبَانَةَ الَّتِي يُمْكِنُ بِهَا التَّدَارُكُ وَلا يَقَعُ فِي عُهْدَتِهَا بالمُرَاجَعَة مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ مُحْتَاجٍ إِليْهَا لا بُدَّ مِنْهَا، وَهُوَ لا يُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ البَيْنُونَةُ الغَليظَةُ لانْسدَاد بَاب التَّدَارُكِ بهَا فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ البَيْنُونَةُ الخَفِيفَةُ بطَلقَة وَاحدَة. وَقَوْلُهُ: (وَليْسَتْ كنَايَات عَلى التَّحْقِيق) جَوَابٌ عَنْ قَوْله لأَنَّهَا كنَايَاتٌ عَنْ الطَّلاق. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الكنَايَةَ عَنْ الطَّلاق الصَّرِيح إِنَّمَا تَكُونُ كَالصَّرِيحِ فِي العَمَل أَنْ لوْ كَانَتْ حَقِيقَةً، وَليْسَتْ كَذَلكَ لأَنَّهَا عَوَاملُ فِي حَقَائقهَا (وَقَوْلُهُ وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ أَحَد نَوْعَيْ البَيْنُونَة) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَلهَذَا يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ اشْترَاطَ النِّيَّة لوْ كَانَ لأَجْل الطَّلاق كَانَ دَليلا عَلى مَا ذَكَرْتُمْ، وَليْسَ كَذَلكَ بَل هُوَ لتَعْيِين أَحَد نَوْعَيْ البَيْنُونَة الغَليظَة وَالخَفِيفَة لا للطَّلاق، يَعْنِي: النِّيَّةُ شَرْطٌ للطَّلاق البَائِن لا للطَّلاق المُجَرَّد. وَقَوْلُهُ (وَانْتقَاصُ العَدَد) جَوَابٌ عَنْ قَوْله وَيُنْتَقَصُ به العَدَدُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الطَّلاقَ البَائِنَ يُزِيلُ الوَصْلةَ وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ يُنْتَقَصُ به العَدَدُ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّهُ لا مُنَافَاةَ بَيْنَ نَقْص العَدَد وَالطَّلاق البَائِن فَكَانَ النَّقْصُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ طَلاقًا بَائنًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا تَصحُّ نِيَّةُ الثَّلاث) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لوْ كَانَتْ عَوَامل فِي حَقَائقهَا لمَا صَحَّ نِيَّةُ الثَّلاث فِي قَوْله أَنْت بَائنٌ مَثَلا كَمَا لا تَصحُّ فِي قَوْله أَنْت طَالقٌ لأَنَّهُ عَاملٌ بنَفْسه، وَتَقْرِيرُهُ صِحَّةُ نِيَّة الثَّلاث لمْ تَكُنْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ عَاملٌ فِي حَقِيقَته بَل مِنْ حَيْثُ تَنَوُّعُ البَيْنُونَة إِلى غَليظَة وَخَفِيفَة، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّة يَثْبُتُ الأَدْنَى وَهُوَ الوَاحدُ البَائنُ (وَلا تَصحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْن عِنْدَنَا

خِلافًا لزُفَرَ لأَنَّهُ عَدَدٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَائِل بَابِ إيقَاعِ الطَّلَاقِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَنَحْنُ نَقُولُ نِيَّةُ الثَّلاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ لِكَوْنِهَا جِنْسًا إلخْ..

(وَإن قَال لهَا: اعتَدّي اعتَدّي اعتَدّي وَقَال: نَوَيت بِالأولى طَلاقًا وَبِالبَاقِي حَيضًا دِينَ فِي القَضَاءِ) لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ، وَلأَنَّهُ يَأمُرُ امرأَتَهُ فِي العَادَةِ بِالاعتِدَادِ بَعدَ الطَّلاقِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لهُ (وَإن قَال: لم أنوِ بِالبَاقِي شَيئًا فَهِيَ ثَلاثٌ) لأَنَّهُ لمَّا نَوَى بِالأولى الطَّلاقَ صَارَ الحَالُ حَال مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ فَتَعَيَّنَ البَاقِيَانِ للطَّلاقِ بِهَذِهِ الدّلالةِ فَلا يُصَدَّقُ فِي نَفي النِّيّةِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال: لم أَنوِ بِالكُلّ الطَّلاقَ حَيثُ لا يَقَعُ شَيءٌ لأَنَّهُ لا ظَاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَبِخِلافِ مَا إذَا قَال: نَوَيت بِالثَّالثَةِ الطَّلاقَ دُونَ الأوليَينِ حَيثُ لا يَقَعُ إلا وَاحِدَةٌ لأَنَّ الحَال عِندَ الأوليَينِ لم تَكُن حَال مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ، وَفِي كُلّ مَوضِعٍ يُصَدَّقُ الزَّوجُ عَلَى نَفي النِّيّةِ إنَّمَا يُصَدَّقُ مَعَ اليَمِينِ لأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الإخبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِهِ وَالقَولُ قَولُ الأمِينِ مَعَ اليَمِينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَال لهَا اعْتَدِّي اعْتَدِّي اعْتَدِّي) وَقَال نَوَيْت بِالأُولى طَلاقًا وَبِالثَّانِيَة حَيْضًا دِينَ فِي القَضَاءِ لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ. هَذِهِ المَسْأَلةُ تَحْتَمِلُ وُجُوهًا هَذَا تَفْصِيلُهَا: نَوَى بِالجَمِيعِ طَلاقًا وَقَعَتْ ثَلاثٌ. نَوَى بِالجَمِيعِ حَيْضًا وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ. لمْ يَنْوِ شَيْئًا لمْ يَقَعْ شَيْءٌ. نَوَى بِالأُولى طَلاقًا لا غَيْرُ وَقَعَ ثَلاثٌ نَوَى بِالثَّانِيَة طَلاقًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ. نَوَى بِالأُولى حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثَلاثٌ. نَوَى بِالثَّانِيَة حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالثَّالثَة حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ. نَوَى بِالأُولى طَلاقًا وَبِالثَّانِيَة حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالأُولى طَلاقًا وَبِالثَّالثَة حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالثَّانِيَة طَلاقًا وَبِالثَّالثَة حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ. نَوَى بِالأُوليَيْنِ طَلاقًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثَلاثٌ. نَوَى بِالأُخْرَيَيْنِ طَلاقًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالأُوليَيْنِ حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالأُخْرَيَيْنِ حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ. نَوَى بِالأُولى وَالثَّالثَة طَلاقًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثَلاثٌ. نَوَى بِالأُولى وَالثَّالثَة حَيْضًا لا غَيْرُ وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالأُولى وَالثَّانِيَة طَلاقًا وَبِالثَّالثَة حَيْضًا وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالأُولى وَالثَّالثَة طَلاقًا وَبِالثَّانِيَة حَيْضًا وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالثَّانِيَة وَالثَّالثَة طَلاقًا وَبِالأُولى حَيْضًا وَقَعَتْ ثَلاثٌ. نَوَى بِالأُولى

وَالثَّانِيَةِ حَيْضًا وَبالثَّالثَة طَلاقًا وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بالأُولى وَالثَّالثَة حَيْضًا وَبالثَّانيَة طَلاقًا وَقَعَتْ ثِنْتَان. نَوَى بِالثَّانِيَةِ وَالثَّالثَة حَيْضًا وَبالأُولى طَلاقًا وَقعَتْ وَاحدَةٌ. وَبنَاءُ هَذه الوُجُوه عَلى الاقْتضَاء وَعَلى حَال مُذَاكرَةِ الطَّلاقِ وَعَلى أَنَّ النِّيَّةَ تُبْطلُ مُذَاكرَةَ الطَّلاق فَاعْتَبِرَ ذَلكَ، وَاللَّهُ المُوَفِّقُ (وَفِي كُلِّ مَوْضعٍ يَصْدُقُ الزَّوْجُ عَلى نَفْيِ النِّيَّة إنَّمَا يَصْدُقُ مَعَ اليَمِينِ لأنَّهُ أَمِينٌ فِي الإخْبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِه، وَالقَوْلُ قَوْلُ الأَمِينِ مَعَ اليَمِين) وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَاب.

بَابُ تَفويضِ الطَّلاقِ

فَصلٌ فِي الاختِيَارِ

(وَإذَا قَالَ لامرأَتِهِ: اختَارِي يَنوِي بِذَلكَ الطَّلاقَ أَو قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك فَلهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا مَا دَامَت فِي مَجلسِهَا ذَلكَ، فَإِن قَامَت مِنهُ أَو أَخَذَت فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمرُ مِن يَدِهَا) لأنَّ المُخَيَّرَةَ لهَا المَجلسُ بِإجمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أَجمَعِينَ، وَلأَنَّهُ تَمليكُ الفِعل مِنهَا، وَالتَّمليكَاتُ تَقتَضِي جوَابًا فِي المَجلسِ كَمَا فِي البَيعِ، لأنَّ سَاعَاتِ المَجلسِ اُعتُبِرَت سَاعَةً وَاحِدَةً، إلا أَنَّ المَجلسَ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالذَّهَابِ عَنهُ وَتَارَةً بِالاشتِغَال بِعَمَلٍ آخَرَ، إذ مَجلسُ الأَكل غَيرُ مَجلسِ المُنَاظَرَةِ وَمَجلسُ القِتَال غَيرُهُمَا. وَيَبطُلُ خِيَارُهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ لأَنَّهُ دَليلُ الإعرَاضِ، بِخِلافِ الصَّرفِ وَالسَّلمِ لأنَّ المُفسِدَ هُنَاكَ الافتِرَاقُ مِن غَيرِ قَبضٍ، ثُمَّ لا بُدَّ مِن النِّيَّةِ فِي قَولِهِ: اختَارِي لأَنَّهُ يَحتَمِلُ تَخيِيرَهَا فِي نَفسِهَا وَيَحتَمِلُ تَخيِيرَهَا فِي تَصَرُّفٍ آخَرَ غَيرِهِ (فَإِن اختَارَت نَفسَهَا فِي قَولِهِ اختَارِي كَانَت وَاحِدَةً بَائِنَةً). وَالقِيَاسُ أَن لا يَقَعَ بِهَذَا شَيءٌ، وَإِن نَوَى الزَّوجُ الطَّلاقَ لأَنَّهُ لا يَملكُ الإيقَاعَ بِهَذَا اللَّفظِ فَلا يَملكُ التَّفوِيضَ إلى غَيرِهِ إلا أَنَّا استَحسَنَّاهُ لإجمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَلأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِن أَن يَستَدِيمَ نِكَاحَهَا أَو يُفَارِقَهَا فَيَملكُ إقَامَتَهَا مَقَامَ نَفسِهِ فِي حَقِّ هَذَا الحُكمِ، ثُمَّ الوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ لأنَّ اختِيَارَهَا نَفسَهَا بِثُبُوتِ اختِصَاصِهَا بِهَا وَذَلكَ فِي البَائِنِ (وَلا يَكُونُ ثَلاثًا وَإِن نَوَى الزَّوجُ ذَلكَ) لأنَّ الاختِيَارَ لا يَتَنَوَّعُ، بِخِلافِ الإبَانَةِ لأنَّ البَينُونَةَ قَد تَتَنَوَّعُ.

الشرح:

(بَابُ تَفويضِ الطَّلاقِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ تَصَرُّفِ نَفْسِ الرَّجُل فِي الطَّلاقِ شَرَعَ فِي

بَيَانِ التَّصَرُّفِ الحَاصِلِ فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ، وَأَخَّرَهُ لأَنَّ الأَصْلَ تَصَرُّفُ المَرْءِ لِنَفْسِهِ.

(**فَصلٌ فِي الاختيَار**): هَذَا البَابُ ثَلاثُ فُصُولٍ بِالاسْتِقْرَاءِ وَذَكَرَهَا مُتَوَالِيَةً وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ فِيهِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا. القِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ لا يَقَعَ بِهَذَا شَيْءٌ وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ الطَّلاقَ لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الإِيقَاعَ بِهَذَا اللَّفْظِ حَتَّى لوْ قَال اخْتَرْتُك مِنْ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْت نَفْسِي مِنْك لا يَقَعُ شَيْءٌ، وَمَنْ لا يَمْلِكُ شَيْئًا لا يَمْلِكُ تَمْلِيكَهُ لِغَيْرِهِ، لكِنْ اسْتَحْسَنُوا تَرْكَ القِيَاسِ لإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ. رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عُمَرَ وَجَابِرٍ وَزَيْدٍ وَعَائِشَةَ أَنَّهُمْ قَالُوا: إِذَا **خَيَّرَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ** كَانَ لَهَا الخِيَارُ مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِذَا قَامَتْ فَلا خِيَارَ لَهَا. وَلَمْ يُقَل عَنْ غَيْرِهِمْ خِلافُ ذَلِكَ فَحَلَّ مَحَلَّ الإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ تَمْلِيكٌ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى أَنَّ الأَصْلَ أَنْ يَقْتَصِرَ الجَوَابُ عَلَى المَجْلِسِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ أَنَّ القِيَاسَ أَنْ لا يَبْطُل خِيَارُهَا بِالقِيَامِ عَنْ المَجْلِسِ لأَنَّ التَّخْيِيرَ مِنْ الزَّوْجِ مُطْلَقٌ وَالمُطْلَقُ فِيمَا يَحْتَمِلُ التَّأْبِيدَ يَتَأَبَّدُ، لكِنْ تَرَكْنَا هَذَا القِيَاسَ بِآثَارِ الصَّحَابَةِ، وَالمُصَنِّفُ جَعَلَهُ كَالبَيْعِ فِي كَوْنِهِ تَمْلِيكًا، ثُمَّ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ البَيْعُ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَمِمَّا لا يَتَأَبَّدُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ بَطَل القِيَاسُ: أَعْنِي قِيَاسَ المُصَنِّفِ التَّخْيِيرَ عَلَى البَيْعِ لأَنَّهُ مِمَّا يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ كَانَ الاخْتِيَارُ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ القِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ. ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَ التَّمْلِيكِ وَالتَّوْكِيلِ بِأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ المُمَلَّكُ لهُ عَامِلا لِنَفْسِهِ، وَالتَّوْكِيل يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الوَكِيلُ عَامِلا لِغَيْرِهِ، وَالمَرْأَةُ بَعْدَ التَّخْيِيرِ إِنَّمَا تَعْمَلُ لِنَفْسِهَا فَكَانَ التَّخْيِيرُ تَمْلِيكًا لا تَوْكِيلا. وَأَوْرَدَ عَلَى ذَلِكَ شُبَهًا: أَحَدُهَا أَنَّ **رَبَّ الدَّيْنِ إِذَا وَكَّل المَدْيُونَ بِإِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ عَنْ الدَّيْنِ** فَهُوَ وَكِيلٌ وَإِنْ كَانَ عَامِلا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ عَنْ الدَّيْنِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ وَكِيلٌ عَدَمُ الاقْتِصَارِ عَلَى المَجْلِسِ، وَيَمْلِكُ صَاحِبُ الدَّيْنِ الرُّجُوعَ قَبْل الإِبْرَاءِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ التَّخْيِيرَ لوْ كَانَ تَمْلِيكًا تَوَارَدَ مِلكُهُ وَمِلكُهَا عَلَى الطَّلاقِ دَفْعَةً وَهُوَ لا يَصِحُّ.

وَالثَّالِثَةُ: أَنَّهُ لوْ **قَال طَلِّقِي نَفْسَك ثُمَّ حَلفَ أَنْ لا يُطَلِّقَ وَطَلَّقَتْ هِيَ نَفْسَهَا**

حَنِثَ الزَّوْجُ فِي يَمِينِهِ، وَلَوْ مَلَكَتْ طَلَاقَهَا لَمَا حَنِثَ.

وَأَجَابَ عَنْ الأَوَّلِ بِمَا حَاصِلُهُ أَنَّ تَصَرُّفَ المَدْيُونِ لِنَفْسِهِ وَقَعَ فِي ضِمْنِ صِحَّةِ وَكَالَتِهِ وَالضِّمْنِيُّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَهُوَ لَيْسَ بِدَافِعٍ لِجَوَازِ أَنْ يُقَالَ مِثْلُهُ فِي التَّخْيِيرِ بِأَنَّهَا تَعْمَلُ لِنَفْسِهَا فِي ضِمْنِ صِحَّةِ وَكَالَتِهَا، وَكَذَا بَقِيَّةُ كَلَامِهِ فِي الأَجْوِبَةِ لا يَخْلُو عَنْ ضَعْفٍ يَطُولُ الكَلَامُ بِذِكْرِهِ. وَأَقُولُ: التَّمْلِيكُ هُوَ الإِقْرَارُ الشَّرْعِيُّ عَلَى مَحَلِّ التَّصَرُّفِ وَالتَّوْكِيلُ هُوَ الإِقْرَارُ عَلَى التَّصَرُّفِ وَحِينَئِذٍ تَنْدَفِعُ الشُّبْهَةُ الأُولى. وَالجَوَابُ عَنْ الثَّانِيَةِ أَنَّ التَّخْيِيرَ تَمْلِيكٌ لكِنْ لا يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ لَهَا إِلا بِالقَبُولِ، فَقَبْلَهُ لا مِلْكَ لَهَا وَبَعْدَهُ زَالَ مِلْكُهُ فَلَمْ يَتَوَارَدْ المِلْكَانِ عَلَيْهِ لا قَبْلَ القَبُولِ وَلا بَعْدَهُ. وَعَنْ الثَّالِثَةِ بِأَنَّ المَسْأَلَةَ مَمْنُوعَةٌ وَالمَنْعُ مَذْكُورٌ فِي الزِّيَادَاتِ.

ثُمَّ إِنَّ المَرْأَةَ إِمَّا أَنْ تَخْتَارَ زَوْجَهَا أَوْ نَفْسَهَا، فَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ. وَقَالَ عَلِيٌّ رضي الله عنه: تَقَعُ تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، كَأَنَّهُ جَعَلَ عَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ طَلَاقًا. وَإِنَّمَا نَأْخُذُ بِقَوْلِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ لا يَقَعُ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ، قَالَتْ عَائِشَةُ: «خَيَّرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاخْتَرْنَاهُ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلَاقًا»، وَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَنَا وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ لأَنَّ اخْتِيَارَهَا نَفْسَهَا بِثُبُوتِ اخْتِصَاصِهَا بِهَا، وَذَلِكَ فِي البَائِنِ، وَلا يَقَعُ ثَلاثٌ وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ لأَنَّ الاخْتِيَارَ لا يَتَنَوَّعُ، بِخِلَافِ الإِبَانَةِ فَإِنَّهَا تَتَنَوَّعُ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَلا بُدَّ مِن ذِكرِ النَّفسِ فِي كَلامِهِ أَو فِي كَلامِهَا، حَتَّى لو قَالَ لهَا: اختَارِي فقَالت قَد: اختَرت فَهُوَ بَاطِلٌ) لأَنَّهُ عُرِفَ بِالإِجمَاعِ وَهُوَ فِي المُفَسَّرَةِ مِن أَحَدِ الجَانِبَينِ، وَلأَنَّ المُبهَمَ لا يَصلُحُ تَفسِيرًا لِلمُبهَمِ الآخَرِ وَلا تَعيِينَ مَعَ الإِبهَامِ (وَلو قَال لهَا: اختَارِي نَفسَك فقَالت: اختَرت تَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لأَنَّ كَلامَهُ مُفَسَّرٌ، وَكَلامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لهُ فَيَتَضَمَّنُ إِعَادَتَهُ (وَكَذَا لو قَال اختَارِي اختِيَارَةً فقَالت: اختَرت) لأَنَّ الهَاءَ فِي الاختِيَارَةِ تُنبِئُ عَن الاتِّحَادِ وَالانفِرَادِ، وَاختِيَارُهَا نَفسَهَا هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّةً وَيَتَعَدَّدُ أُخرَى فصَارَ مُفَسَّرًا مِن جَانِبِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: وَلا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلامِهِ أَوْ كَلامِهَا) قَال فِي النِّهَايَةِ: هَذَا لَيْسَ

بِمُنْحَصِرٍ بِذِكْرِ النَّفْسِ فِي حَقِّ إرَادَةِ الطَّلَاقِ البَائِنِ مِنْ التَّخْيِيرِ، فَإِنَّ البَيْنُونَةَ كَمَا تَقَعُ عِنْدَ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي أَحَدِ الكَلَامَيْنِ فَكَذَلِكَ تَقَعُ بِذِكْرِ مَا يَقُومُ مَقَامَ النَّفْسِ فِي أَحَدِ الكَلَامَيْنِ كَالتَّطْلِيقَةِ وَالاخْتِيَارَةِ. وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي فَقَالَتْ اخْتَرْت فَهُوَ بَاطِلٌ) قِيلَ هَذَا إذَا لَمْ يُصَدِّقْهَا الزَّوْجُ بِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا، أَمَّا إذَا صَدَّقَهَا طَلُقَتْ وَإِنْ كَانَ الكَلَامَانِ مُبْهَمَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَعْيِينَ مَعَ الإِبْهَامِ) يَعْنِي أَنَّ اخْتَارِي مِنْ الكِنَايَاتِ يَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ فَلَا بُدَّ مِنْ التَّعْيِينِ وَلَا تَعْيِينَ مَعَ الإِبْهَامِ، وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي نَفْسَك) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَضَمَّنُ إعَادَتَهُ) أَيْ إعَادَةَ كَلَامِهِ فَكَأَنَّهَا قَالَتْ اخْتَرْت مَا أَمَرْتنِي بِاخْتِيَارِهِ وَهُوَ النَّفْسُ. وَقَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ قَالَ اخْتَارِي اخْتِيَارَةً) بَيَانُ مَا يَقُومُ مَقَامَ النَّفْسِ فِي التَّفْسِيرِ (لِأَنَّ الهَاءَ) أَيْ التَّاءَ (فِي الاخْتِيَارَةِ تُنْبِئُ عَنْ الاتِّحَادِ) لِكَوْنِهَا لِلْمَرَّةِ، وَالاتِّحَادُ إنَّمَا يَكُونُ فِي اخْتِيَارِهَا نَفْسَهَا لِأَنَّهُ يَتَّحِدُ مَرَّةً بِأَنْ قَالَ لَهَا **اخْتَارِي نَفْسَك بِتَطْلِيقَةٍ** (وَيَتَعَدَّدُ أُخْرَى) بِأَنْ **قَالَ لَهَا اخْتَارِي نَفْسَك بِمَا شِئْت أَوْ بِثَلَاثٍ** (فَصَارَ مُفَسَّرًا مِنْ جَانِبِهِ) بِخِلَافِ اخْتِيَارِهَا الزَّوْجَ فَإِنَّهُ لَا يَتَعَدَّدُ لِكَوْنِهِ عِبَارَةً عَنْ إبْقَاءِ النِّكَاحِ وَهُوَ غَيْرُ مُتَعَدِّدٍ..

وقوله: (وَلو قَال: اختَارِي فَقَالت: قَد اختَرت نَفسِي) يَقَعُ الطَّلَاقُ إذَا نَوَى الزَّوجُ) لأَنَّ كَلَامَهَا مُفَسَّرٌ، وَمَا نَوَاهُ الزَّوجُ مِن مُحتَمَلاتِ كَلَامِهِ (وَلو قَال: اختَارِي فَقَالت: أَنَا أَختَارُ نَفسِي فَهِيَ طَالِقٌ) وَالقِيَاسُ أَن لا تَطلُقَ لأَنَّ هَذَا مُجَرَّدُ وَعدٍ أَو يَحتَمِلُهُ، فَصَارَ كَمَا إذَا قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك فَقَالت: أَنَا أُطَلِّقُ نَفسِي. وَجهُ الاستِحسَانِ حَدِيثُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا «فَإِنَّهَا قَالت لا بَل أَختَارُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ»[1] اعتَبَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ جَوَابًا مِنهَا، وَلأَنَّ هَذِهِ الصِّيغَةَ حَقِيقَةٌ فِي الحَال وَتَجُوزُ فِي الاستِقبَال كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاءِ الشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ، بِخِلافِ قَولِهَا: أُطَلِّقُ نَفسِي لأَنَّهُ تَعَذَّرَ حَملُهُ عَلَى الحَال لأَنَّهُ لَيسَ بِحِكَايَةٍ عَن حَالةٍ قَائِمَةٍ، وَلا كَذَلكَ قَولُهَا: أَنَا أَختَارُ نَفسِي لأَنَّهُ حِكَايَةٌ عَن حَالةٍ قَائِمَةٍ وَهُوَ اختِيَارُهَا نَفسَهَا، وَلو قَال لهَا: اختَارِي اختَارِي اختَارِي فَقَالت: قَد اختَرت الأُولى أَو الوُسطَى أَو الأَخِيرَةَ طَلُقَت ثَلاثًا فِي قَول أَبِي حَنِيفَةَ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالى عَلَيهِ، وَلا يُحتَاجُ

(١) أخرجه البخاري في المظالم باب ٢٥، ومسلم في الرضاع (٩٦) والطلاق (٣١) عن عائشة رضي الله عنها.

إلى نِيَّةِ الزَّوجِ (وَقَالا: تَطلُقُ وَاحِدَةً) وَإِنَّمَا لا يُحتَاجُ إلى نِيَّةِ الزَّوجِ لدَلالَةِ التَّكرَارِ عَليهِ إذ الاختِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ لهُمَا إن ذَكَرَ الأولى، وَمَا يَجرِي مَجرَاهُ إن كَانَ لا يُفِيدُ مِن حَيثُ التَّرتِيبُ يُفِيدُ مِن حَيثُ الإفرَادُ فَيُعتَبَرُ فِيمَا يُفِيدُ. وَلهُ أَنَّ هَذَا وَصفٌ لغوٌ لأَنَّ المُجتَمِعَ فِي المِلكِ لا تَرتِيبَ فِيهِ كَالمُجتَمِعِ فِي المَكَانِ، وَالكَلامُ للتَّرتِيبِ وَالإفرَادُ مِن ضَرُورَاتِهِ، فَإِذَا لغَا فِي حَقِّ الأَصلِ لغَا فِي حَقِّ البِنَاءِ (وَلو قَالت اختَرت اختِيَارَةً فَهِيَ ثَلاثٌ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لأَنَّهَا للمَرَّةِ فَصَارَ كَمَا إذَا صَرَّحَت بِهَا وَلأَنَّ الاختِيَارَةَ للتَّأكِيدِ وَبِدُونِ التَّأكِيدِ تَقَعُ الثَّلاثُ فَمَعَ التَّأكِيدِ أَولى (وَلو قَالت قَد طَلَّقت نَفسِي أَو اختَرت نَفسِي بِتَطلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَملِكُ الرَّجعَةَ) لأَنَّ هَذَا اللَّفظَ يُوجِبُ الانطِلاقَ بَعدَ انقِضَاءِ العِدَّةِ فَكَأَنَّهَا اختَارَت نَفسَهَا بَعدَ العِدَّةِ (وَإِن قَال لهَا أَمرُك بِيَدِك فِي تَطلِيقَةٍ أَو اختَارِي تَطلِيقَةً فَاختَارَت نَفسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَملِكُ الرَّجعَةَ) لأَنَّهُ جَعَل لهَا الاختِيَارَ لكِن بِتَطلِيقَةٍ وَهِيَ مُعقِبَةٌ للرَّجعَةِ بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَال لَهَا اخْتَارِي فَقَالَتْ اخْتَرْت نَفْسِي) ظَاهِرٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ وُقُوعَ كَلامِ المَرْأَةِ مُفَسَّرًا بِذِكْرِهَا الاخْتِيَارَةَ، كَمَا لوْ **قَال الزَّوْجُ اخْتَارِي فَقَالَتْ المَرْأَةُ اخْتَرْت اخْتِيَارَةً**، وَالحُكْمُ فِيهِمَا سَوَاءٌ لأَنَّ ذِكْرَ الاخْتِيَارَةِ لمَّا صَلحَ للتَّفْسِيرِ صَارَ ذِكْرُهَا بِمَنْزِلةِ ذِكْرِ النَّفْسِ وَكِلاهُمَا بِالنِّسْبَةِ إليْهِ سَوَاءٌ.

فَكَذَا بِالنِّسْبَةِ إلى ذِكْرِ الاخْتِيَارَةِ (وَلَوْ قَال اخْتَارِي فَقَالَتْ أَنَا أَخْتَارُ نَفْسِي فَهِيَ طَالِقٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا تَطْلُقَ لأَنَّ هَذَا مُجَرَّدُ وَعْد) يَعْنِي إنْ أَرَادَتْ الاسْتِقْبَال (أَوْ يَحْتَمِلُهُ) إنْ لمْ تُرِدْهُ، (فَصَارَ كَمَا إذَا **قَال لهَا طَلقِي نَفْسَك فَقَالتْ أَنَا أُطَلقُ نَفْسِي**) فَإِنَّهُ لا يَقَعُ الطَّلاقُ بِهَذَا وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ حَدِيثُ عَائِشَةَ) وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ لمَّا نَزَل قَوْله تَعَالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾ بَدَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِعَائِشَةَ فَقَال: **إنِّي مُخْبِرُك بِأَمْرٍ فَلا تُجِيبِينِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْك**، ثُمَّ أَخْبَرَهَا بِالآيَةِ، فَقَالتْ: أَفِي هَذَا أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ؟ لا، بَل أَخْتَارُ اللَّهَ وَرَسُولهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ».

وَاعْتَبَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَوَابًا مِنْهَا وَإِنْ كَانَ عَلى صِيغَةِ المُضَارِعِ المُحْتَمِل الوَعْدَ

(وَلأَنَّ هَذه الصِّيغَة حَقيقَةٌ فِي الحَال وَتَجوُّزٌ فِي الاسْتقْبَال) وَالحَقيقَةُ يُمْكنُ أَنْ تَكُونَ مُرَادَةً (كَمَا فِي كَلمَة الشَّهَادَة) فَإنَّ **الرَّجُل إذَا قَال أَشْهَدُ أَنْ لا إلَهَ إلا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ** يُعْتَبَرُ ذَلكَ منْهُ إيمَانًا لا وَعْدًا بالإيمَان، وَكَذَا **الشَّاهدُ إذَا قَال: أَشْهَدُ بكَذَا** فَلا يَصيرُ إلى المَجَاز (بخلاف قَوْلهَا أَنَا أُطَلقُ نَفْسي لأَنَّ الحَمْل عَلى الحَقيقَة مُتعَذِّرٌ) إذْ لَيْسَ ثَمَّةَ حَالةٌ قَائمَةٌ بالمُتَكَلم يَقَعُ قَوْلُهُ أُطَلقُ نَفْسي حكَايَةً عَنْهُ منْ حَيْثُ إنَّ الإيقَاعَ باللسَان دُونَ القَلب وَلَمْ يَصحَّ فعْلُ اللسَان حكَايَةً عَنْ فعْلٍ قَائمٍ باللسَان عَلى سَبيل الحَال لأَنَّهُ مَعْدُومٌ بَعْدُ وَالحكَايَةُ تَقْتَضي وُجُودَ المَحْكيِّ عَنْهُ (وَلا كَذَلكَ أَخْتَارُ نَفْسي لأَنَّهُ حكَايَةٌ عَنْ حَالة قَائمَة وَهُوَ اخْتيَارُهَا نَفْسَهَا) لأَنَّ الاخْتيَارَ منْ عَمَل القَلب فَيَكُونُ الذِّكْرُ باللسَان حكَايَةً عَنْ أَمْرٍ قَائمٍ لا مَحَالةَ.

وَاعْتَرَضَ الشَّارحُونَ عَلى قَوْله حَقيقَةً فِي الحَال بأَنَّ النَّحْويِّينَ اتَّفَقُوا عَلى أَنَّ صيغَةَ المُضَارعِ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَ الحَال وَالاسْتقْبَال وَهُمْ أَعْرَفُ بالمَوْضُوعَات. وَأَجَابَ صَاحبُ النِّهَايَة وَتَابَعَهُ غَيْرُهُ بأَنَّ أَحَدَ مَعْنَيَيْ المُشْتَرَك يَتَرجَّحُ بدَلالة تَدُلُّ عَلى ذَلكَ المَعْنَى وَقَدْ وُجدَ هَاهُنَا دَلالةُ إرَادَة الحَال به، إذْ العَادَةُ العُرْفيَّةُ وَالشَّرْعيَّةُ تَدُلَّان عَلى أَنَّ مثل هَذه الصِّيغَة للحَال يَقُولُ الرَّجُلُ فُلانٌ يَخْتَارُ كَذَا وَأَنَا أَمْلكُ كَذَا فِي العَادَة وَفِي الشَّريعَة كَمَا ذَكَرْنَا منْ كَلمَة الشَّهَادَة وَأَدَاء الشَّهَادَة، وَهَذَا كَمَا تَرَى لَيْسَ بدَافعٍ للسُّؤَال وَلَيْسَ لهُ اتِّصَالٌ بهَذَا المَحَل.

وَأَقُولُ: بَحْثُ الحَقيقَة وَالمَجَاز لَيْسَ بوَظيفَة النَّحْويِّ فَلا مُعْتَبَرَ بكَلامهمْ فيه، وَإنَّمَا هُوَ وَظيفَةُ الأُصُول أَوْ وَظيفَةُ البَيَان، وَأَهْلُ البَيَان لَمْ يَتَعرَّضُوا لذكْره فيمَا وَصَل إلَيْنَا منْ كُتُبهمْ، وَأَهْلُ الأُصُول نَقَلُوا فيه الخلافَ، فَمنْهُمْ مَنْ قَال مثْل مَا قَال به المُصَنِّفُ، وَمنْهُمْ مَنْ قَال بالعَكْس، وَمنْهُمْ مَنْ قَال بالاشْترَاك، وَالأَوَّلُ مُخْتَارُ الفُقَهَاء وَالمُصَنِّفُ منْهُمْ لا مَحَالةَ، وَالقَوْلُ بالاشْترَاك مَرْجُوحٌ لأَنَّ اللَّفْظَ إذَا دَارَ بَيْنَ الاشْترَاك وَالمَجَاز فَالحَمْلُ عَلى المَجَاز أَوْلى لأَنَّ الاشْترَاكَ مُخلٌّ بالفَهْم عَلى مَا عُرفَ.

قَال (وَلَوْ قَال لهَا اخْتَاري اخْتَاري اخْتَاري فَقَالتْ قَدْ اخْتَرْت الأُولى أَوْ الوُسْطَى أَوْ الأَخيرَةَ طَلُقَتْ ثَلاثًا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ، وَلا يُحْتَاجُ إلى نيَّة الزَّوْجِ وَلا إلى ذكْر النَّفْس، وَعنْدَهُمَا تَطْلُقُ وَاحدَةً، وَإنَّمَا لا يُحْتَاجُ إلى النِّيَّة) وَإنْ كَانَتْ منْ الكنَايَات (للدَلالة

التَّكْرَارِ عَلَيْهِ إِذْ الاخْتِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ) فَكَانَ مُتَعَيِّنًا فَلا يَحْتَاجُ إلى ذِكْرِ النَّفْسِ لِزَوَالِ الإِبْهَامِ، قَالَ: الأُولى وَالوُسْطَى وَالأَخِيرَةَ كُلٌّ مِنْهَا اسْمٌ لِمُفْرَدٍ مُرَتَّبٍ، وَلَيْسَ المَحَلُّ مَحَلَّ تَرْتِيبٍ فَيَلغُو التَّرْتِيبُ وَيَبْقَى الإِفْرَادُ، وَكَأَنَّهَا قَالَتْ اخْتَرْتُ التَّطْلِيقَةَ الأُولى لأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهَا اخْتَرْتُ الأُولى اخْتَرْتُ مَا صَارَ إِلَيَّ بِالكَلِمَةِ الأُولى، وَالَّذِي صَارَ إِلَيْهَا بِالكَلِمَةِ الأُولى تَطْلِيقَةٌ فَكَأَنَّهَا صَرَّحَتْ بِذَلِكَ وَفِي ذَلِكَ يَقَعُ وَاحِدَةٌ فَكَذَا هَاهُنَا .

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذَا وَصْفُ لغْوٍ لأَنَّ المُجْتَمِعَ فِي المِلْكِ لا تَرْتِيبَ فِيهِ كَالمُجْتَمِعِ فِي المَكَانِ فَإِنَّ القَوْمَ إِذَا اجْتَمَعُوا فِي مَكَانٍ لا يُقَالُ هَذَا أَوَّلُ وَهَذَا آخِرُ وَإِنَّمَا التَّرْتِيبُ فِي فِعْلِ الأَعْيَانِ يُقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلا وَهَذَا جَاءَ آخِرًا وَكُلُّ مَا لا تَرْتِيبَ فِيهِ يَلغُو فِيهِ الكَلامُ الَّذِي هُوَ لِلتَّرْتِيبِ وَهُوَ الأُولى وَأُخْتَاهَا، وَإِذَا لَغَا اللَّفْظُ مِنْ حَيْثُ التَّرْتِيبُ يَلغُو مِنْ حَيْثُ الإِفْرَادُ أَيْضًا لأَنَّ التَّرْتِيبَ فِيهِ أَصْلٌ بِدَلالَةِ الاشْتِقَاقِ وَالإِفْرَادُ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَإِذَا لَغَا فِي حَقِّ الأَصْلِ لَغَا فِي حَقِّ البِنَاءِ، وَإِذَا لَغَا فِي حَقِّهِمَا بَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ وَهُوَ يَصْلُحُ جَوَابًا لِلكُلِّ فَيَقَعُ الثَّلاثُ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَطْلَقَ الكَلامَ عَلَى الأُولى أَوْ الوُسْطَى أَوْ الأَخِيرَةِ وَكُلٌّ مِنْهَا مُفْرَدٌ فَلا يَكُونُ كَلامًا .

وَالثَّانِي أَنَّ الأُولى اسْمٌ لِفَرْدٍ سَابِقٍ فَكَانَ الإِفْرَادُ أَصْلا وَالتَّرْتِيبُ بِنَاءً لِكَوْنِهِ يُفْهَمُ مِنْ وَصْفِهِ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ رُبَّمَا يُطْلِقُونَ الكَلامَ عَلَى المُرَكَّبِ مِنْ الحُرُوفِ المَسْمُوعَةِ المُتَمَيِّزَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُفِيدًا، وَهَذَا عَلَى ذَلِكَ الاصْطِلاحِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَجَازًا مِنْ بَابِ ذِكْرِ الكُلِّ وَإِرَادَةِ الجُزْءِ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ كُلا مِنْ ذَلِكَ صِفَةٌ وَالصِّفَةُ مَا دَلَّتْ عَلَى ذَاتٍ بِاعْتِبَارِ مَعْنًى هُوَ المَقْصُودُ فَيَكُونُ الأُولى دَالا عَلَى الفَرْدِ السَّابِقِ وَمَعْنَى السَّبْقِ هُوَ المَقْصُودُ فَصَحَّ أَنَّ التَّرْتِيبَ أَصْلٌ وَالإِفْرَادَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ لأَنَّ الصِّفَةَ لا تَقُومُ إِلَّا بِالذَّاتِ الَّتِي لَزِمَتْهَا الفَرْدِيَّةُ فِي الوُجُودِ وَهَذَا كَمَا تَرَى مَعْنًى دَقِيقٌ جَزَاهُ اللَّهُ عَنْ المُحَصِّلِينَ خَيْرًا (وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً فَهِيَ ثَلاثٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهُوَ وَاضِحٌ وَلَوْ **قَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ) يَعْنِي فِي جَوَابِ مَنْ قَالَ اخْتَارِي** (فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ) يَعْنِي قَوْلَهَا قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ

اخْتَرْت بِتَطْلِيقَة (يُوجِبُ الانْطِلاقَ) أَيْ البَيْنُونَةَ بَعْدَ انْقِضَاء العدَّة لكَوْنه منْ أَلفَاظ الصَّرِيحِ وَمَا يُوجِبُ البَيْنُونَةَ بَعْدَ انْقضَاء العدَّة كَانَ عنْدَ الوُقُوعِ رَجْعيًّا فَهَذَا اللَّفْظُ يُوجِبُ الرَّجْعِيَّ . فَإِنْ قِيل: إذَنْ لا يَكُونُ الجَوَابُ مُطَابِقًا للتَّفْوِيضِ لأَنَّ المُفَوَّضَ إلَيْهَا الاخْتِيَارُ وَهُوَ يُفِيدُ البَيْنُونَةَ . أَشَارَ إلى الجَوَاب بِقَوْله (فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ العدَّة) فَكَانَ مُطَابِقًا منْ حَيْثُ إنَّ الاخْتِيَارَ قَدْ وُجدَ مِنْهَا.

قَال الشَّارِحُونَ: وَقَوْلُهُ يَمْلكُ الرَّجْعَةَ غَلطٌ وَقَعَ منْ الكَاتبِ لأَنَّ المَرْأَةَ إنَّمَا تَتَصرَّفُ حُكْمًا للتَّفْوِيضِ وَالتَّفْوِيضُ بتَطْلِيقَة بَائنَة لكَوْنه منْ الكنَايَات فَتَمْلكُ الإبَانَةَ لا غَيْرُ، وَالأَصَحُّ منْ الرِّوَايَة فَهِيَ وَاحدَةٌ وَلا يَمْلكُ الرَّجْعَةَ لأَنَّ روَايَات المَبْسُوط وَالجَامعِ الكَبِير وَالزِّيَادَات وَعَامَّةَ نُسَخ الجَامعِ الصَّغِيرِ هَكَذَا، سوَى الجَامع الصَّغير لصَدْر الإسْلامِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِيه مثْل مَا ذُكرَ في الكتَاب، وَالدَّليلُ أَيْضًا يُسَاعدُ مَا ذُكرَ في عَامَّة النُّسَخ، فَإِنَّهُ ذُكرَ في الجَامعِ الصَّغِيرِ لقَاضِي خَانْ، أَمَّا وُقُوعُ الوَاحدَة فَلمَا قُلنَا وَهُوَ أَنَّ التَّطْلِيقَةَ لا تَتَنَاوَلُ أَكْثَرَ منْ الوَاحدَة، وَإِنَّمَا تَكُونُ بَائنًا لأَنَّ العَامل تَخْيِيرُ الزَّوْجِ وَالوَاقعُ بالتَّخْيِير بَائنٌ لأَنَّهُ تَمْليكُ النَّفْسِ منْهَا وَالرَّجْعيُّ لا يُثْبتُ ملكَ النَّفْسِ (**وَإِنْ قَالَ لَهَا أَمْرُك بِيَدك فِي تَطْلِيقَة أَوْ اخْتَارِي بِتَطْلِيقَة فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا** فَهِيَ وَاحدَةٌ يَمْلكُ الرَّجْعَةَ لأَنَّهُ جَعَل لَهَا الاخْتِيَارَ لكنْ بتَطْلِيقَة وَهِيَ تَعْقُبُ الرَّجْعَةَ) قيل فَعَلى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ هَذَا في التَّقْدِير بِمَنْزِلة قَوْله طَلقي نَفْسَك، وَقَوْلُهَا اخْتَرْت لا يَصْلُحُ جَوَابًا لقَوْله طَلقي نَفْسَك بَل يَلغُو.

وَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهَا اخْتَرْت إنَّمَا لا يَصْلُحُ جَوَابًا لقَوْله طَلقي لكَوْنه أَضْعَفَ منْ الطَّلاق فَإِنَّ الزَّوْجَ يَمْلكُ الإِيقَاعَ بلفْظ الطَّلاق دُونَ لفْظ الاخْتِيَار؛ وَلهَذَا صَحَّ بالعَكْسِ لكَوْن الطَّلاق أَقْوَى، وَهَهُنَا لَمْ يَكُنْ أَضْعَفَ لأَنَّ صحَّةَ هَذَا الجَوَاب بالنَّظَر إلى ظَاهر كَلامه وَهُوَ الأَمْرُ باليَد وَالاخْتِيَار دُونَ مَا يَئُولُ إليْه منْ المَعْنَى وَهُمَا ضَعِيفَان كَالاخْتِيَار، فَجَازَ أَنْ يَقَعَ قَوْلُهَا اخْتَرْت جَوَابًا لهُ .

فَصلٌ فِي الأمرِ بِاليَدِ

(وَإِن قَال لَهَا: أَمرُك بِيَدِك يَنوِي ثَلاثًا فَقَالت: قَد اختَرت نَفسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلاثٌ) لأَنَّ الاختِيَارَ يَصلُحُ جَوَابًا للأَمرِ بِاليَدِ لكَونِهِ تَمليكًا كَالتَّخيِيرِ، وَالوَاحِدَةُ صِفَةٌ للاختِيَارَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهَا قَالت: اختَرت نَفسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ وَبِذَلكَ يَقَعُ الثَّلاثُ (وَلو قَالت:

قَد طَلَّقت نَفسِي بِوَاحِدَةٍ أَو اخترت نَفسِي بِتَطليقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لأَنَّ الوَاحِدَةَ نَعتٌ لَمصدَرٍ مَحذُوفٍ وَهُوَ فِي الأُولى الاختِيَارَةُ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطلِيقَةُ إلا أَنَّهَا تَكُونُ بَائِنَةً لأَنَّ التَّفوِيضَ فِي البَائِنِ ضَرُورَةُ مِلكِهَا أَمرَهَا، وَكَلامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَتَصِيرُ الصِّفَةُ المَذكُورَةُ فِي التَّفوِيضِ مَذكُورَةً فِي الإِيقَاعِ وَإِنَّمَا تَصِحُ نِيَّةُ الثَّلاثِ فِي قَولِهِ: أَمرُك بِيَدِك لأَنَّهُ يَحتَمِلُ العُمُومَ وَالخُصُوصَ وَنِيَّةُ الثَّلاثِ نِيَّةُ التَّعمِيمِ، بِخِلافِ قَولِهِ: اختَارِي لأَنَّهُ لا يَحتَمِلُ العُمُومَ وَقَد حَقَّقنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي الأَمرِ بِاليَد**): أَخَّرَ فَصْلَ الأَمْرِ بِاليَد عَنْ فَصْلِ الاخْتِيَارِ لأَنَّ ذَلِكَ مُؤَيَّدٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، إِذَا **جَعَلَ الرَّجُلُ أَمْرَ امْرَأَتِه بِيَدِهَا** فَالحُكْمُ فِيه كَالحُكْمِ فِي التَّخْيِيرِ فِي المَسَائِلِ. قَال فِي النِّهَايَة: إلا أَنَّ هَذَا صَحِيحٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لأَنَّ الزَّوْجَ مَالِكٌ لأَمْرِهَا فَإِنَّمَا يُمَلِّكُهَا بِهَذَا اللَّفْظِ مَا هُوَ مَمْلُوكٌ لَهُ فَيَصِحُّ مِنْهُ وَيَلزَمُ حَتَّى لا يَمْلِكَ الرُّجُوعَ عَنْهُ اعْتِبَارًا بِإِيقَاعِ الطَّلاقِ. وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي الاخْتِيَارِ أَنَّهُ لا يَمْلِكُ الإِيقَاعَ بِهَذَا اللَّفْظِ. حَتَّى لَوْ قَال اخْتَرْتُك مِنْ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْت نَفْسِي مِنْك لا يَقَعُ شَيْءٌ وَفِي الأَمْرِ بِاليَد كَذَلِكَ، فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَصِحَّ قِيَاسًا كَمَا فِي الاخْتِيَارِ إلا إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ إِذَا قَال أَمْرِي مِنْك بِيَدِك أَوْ أَمْرُك مِنِّي بِيَدِي وَقَعَ الطَّلاقُ فَيَنْدَفِعُ (**وَإِذَا قَال لامْرَأَتِه أَمْرُك بِيَدِك يَنْوِي بِذَلِكَ الثَّلاثَ فَقَالتْ قَدْ اخْتَرْت نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ** فَهِيَ ثَلاثٌ) وَبَيَانُهُ يَحْتَاجُ إلى إِثْبَات صِحَّة جَوَاب الأَمْرِ بِاليَد بِالاخْتِيَارِ وَإِلى كَيْفِيَّة الدَّلالة عَلى الثَّلاثَة، أَمَّا الأَوَّلُ فَقَدْ بَيَّنَهُ بِقَوْله لأَنَّ الاخْتِيَارَ يَصْلُحُ جَوَابًا للأَمْرِ بِاليَد لِكَوْنِه تَمْلِيكًا كَالتَّخْيِيرِ فَكَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي القُوَّة وَالضَّعْفِ فَجَازَ أَنْ يَقَعَ جَوَابًا لَهُ.

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الدَّلالةِ عَلى الثَّلاثَة فَلأَنَّ الوَاحِدَةَ صِفَةُ الاخْتِيَارَة (فَصَارَتْ كَأَنَّهَا قَالتْ اخْتَرْت نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَة) أَيْ بِاخْتِيَارَة وَاحِدَة بِدَلِيل مَا بَعْدَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَهِيَ فِي الأُولى الاخْتِيَارَةُ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهَا بِمَرَّة لأَنَّ الصِّيغَةَ الدَّالَّةَ عَلى المَرَّة مِنَ الاخْتِيَارِ هِيَ الاخْتِيَارَةُ فَعَبَّرَ عَنْهَا بِمَفْهُومِهَا، وَبِذَلِكَ: أَيْ بِقَوْلِهَا اخْتَرْت نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَة يَقَعُ الثَّلاثُ لأَنَّ مَعْنَاهُ اخْتَرْت جَمِيعَ مَا فَوَّضْت إليَّ اخْتِيَارَةً وَاحِدَةً، وَحِينَ نَوَى الزَّوْجُ الثَّلاثَ فَقَدْ فَوَّضَ إِلَيْهَا ذَلِكَ (وَلَوْ قَالتْ) يَعْنِي فِي جَوَابِ قَوْلِه لَهَا أَمْرُك بِيَدِك (قَدْ

طَلَّقت نَفْسِي وَاحِدَةً أَوْ اخْتَرْت نَفْسِي بِتَطْلِيقَة فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ لأَنَّ الوَاحِدَ نَعْتٌ لَمِصْدَرٍ مَحْذُوف) فَوَجَبَ إِثْبَاتُهُ عَلى حَسَبِ مَا يَدُلُّ عَلَيْه المَذْكُورُ السَّابِقُ، وَهُوَ فِي الأُولى الاخْتِيَارَةُ لِدَلالة اخْتَرْت عَلَيْهَا، وَفِي الثَّانِيَة التَّطْلِيقَةُ لِدَلالة طَلَّقْت عَلَيْهَا، وَلا يُتَوَهَّمُ التَّكْرَارُ فِي قَوْله وَهِيَ فِي الأُولى الاخْتِيَارَةُ مَعَ تَقَدُّمِ قَوْله وَالوَاحِدَةُ صِفَةٌ للاخْتِيَارَة لأَنَّهُ إِعَادَةٌ لِبَيَان قَرِينَة المَحْذُوف، وَكَأَنَّهُ قَال وَهُوَ فِي الأُولى الاخْتِيَارَةُ لِدَلالة اخْتَرْت عَلَيْهَا فَتَكُونُ فِي الثَّانِيَة التَّطْلِيقَةُ لِدَلالة طَلَّقْت عَلَيْهَا إلا أَنَّهَا تَكُونُ بَائِنَةً لأَنَّ أَمْرَك بِيَدِك مِنْ أَلفَاظِ الكِنَايَة، وَالوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ فِيمَا سِوَى الثَّلاثَة المَذْكُورَة فَكَانَ التَّفْوِيضُ فِي البَائِنِ ضَرُورَةَ أَنَّهُ مَلَّكَهَا أَمْرَهَا، فَقَوْلُهُ فِي البَائِنِ خَبَرُ إِنَّ وَتَقْرِيرُهُ التَّفْوِيضَ حَصَلَ فِي البَائِنِ لِضَرُورَة أَنَّهُ مَلَّكَهَا أَمْرَهَا، وَأَنَّ تَمْلِيكَهُ إِيَّاهَا أَمْرَهَا يَقْتَضِي البَيْنُونَةَ لِكَوْنِ الأَمْرِ بِاليَد مِنْ أَلفَاظ الكِنَايَة وَكَلامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لهُ فَتَصِيرُ الصِّفَةُ المَذْكُورَةُ يَعْنِي البَيْنُونَةَ فِي التَّفْوِيضِ مَذْكُورَةً فِي إِيقَاعِ المَرْأَة كَلامَهَا مُطَابِقًا لِكَلامِه.

فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ قَوْلهَا اخْتَرْت نَفْسِي بِتَطْلِيقَة فِي جَوَاب اخْتَارِي وَبَيْنَ قَوْله ذَلكَ فِي جَوَاب أَمْرُك بِيَدِك عِنْدَ المُصَنِّف حَتَّى كَانَ الوَاقِعُ فِي الأَوَّل رَجْعِيًّا كَمَا تَقَدَّمَ وَفِي الثَّانِي بَائِنًا كَمَا ذَكَرَهُ، وَهَل هَذَا إلا دَلِيلٌ عَلى أَنَّ مَا تَقَدَّمَ كَانَ سَهْوًا مِنْ الكَاتِب كَمَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُونَ. فَالجَوَابُ أَنَّ الاخْتِيَارَ القِيَاسُ فِيه أَنْ لا يَقَعَ بِه الطَّلاقُ وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ، إلا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لإِجْمَاعِ الصَّحَابَة، وَالإِجْمَاعُ إِنَّمَا هُوَ فِي مُجَرَّدِ الطَّلاق لا فِي البَائِنِ فَليْسَ فِيه مَا يَمْنَعُ صَرِيحَ الطَّلاق الوَارِدِ فِي كَلامِهَا عَنْ مُوجِبِه بِخِلاف الأَمْرِ بِاليَد لأَنَّهُ مِنْ أَلفَاظ الطَّلاق قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا عَلى مَا نَقَلنَا عَنْ صَاحِب النِّهَايَة فِي أَوَّل هَذَا الفَصْل (وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ فِي قَوْله أَمْرُك بِيَدِك دُونَ اخْتَارِي لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَالخُصُوصَ) قَال شَيْخُ الإِسْلامِ: الأَمْرُ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ كُلَّ شَيْءٍ، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ وَٱلْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِّلَّهِ ﴾ [الانفطار: ١٩] أَرَادَ بِه الأَشْيَاءَ كُلَّهَا، وَإِذَا كَانَ الأَمْرُ اسْمًا عَامًّا صَلحَ اسْمًا لِكُلِّ فِعْلٍ، فَإِذَا نَوَى الطَّلاقَ صَارَ كِنَايَةً عَنْ قَوْله طَلاقُك بِيَدِك وَالطَّلاقُ مَصْدَرٌ يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَالخُصُوص فَيَكُونُ نِيَّةُ الثَّلاث نِيَّةَ التَّعْمِيمِ (بِخِلاف قَوْله اخْتَارِي لأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْل الاخْتِيَارِ بِقَوْله لأَنَّ الاخْتِيَارَ لا يَتَنَوَّعُ.

(وَلو قَال لهَا: أَمرُك بِيَدِك اليَومَ وَبَعدَ غَدٍ لم يَدخُل فِيهِ اللَّيلُ وَإِن رَدَّت الأمرَ فِي يَومِهَا بَطَل أَمرُ ذَلكَ اليَومِ وَكَانَ الأَمرُ بِيَدِهَا بَعدَ غَدٍ) لأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكرِ وَقتَينِ بَينَهُمَا وَقتٌ مِن جِنسِهِمَا لم يَتَنَاوَلهُ الأَمرُ إذ ذِكرُ اليَومِ بِعِبَارَةِ الفَردِ لا يَتَنَاوَلُ اللَّيل فَكَانَا أَمرَينِ فَبِرَدِّ أَحَدِهِمَا لا يَرتَدُّ الآخَرُ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُمَا أَمرٌ وَاحِدٌ بِمَنزِلَةِ قَولِه: أَنتِ طَالِقٌ اليَومَ وَبَعدَ غَدٍ. قُلنَا: الطَّلاقُ لا يَحتَمِلُ التَّأقِيتَ، وَالأَمرُ بِاليَدِ يَحتَمِلُهُ، فَيُوَقَّتُ الأَمرُ بِالأَوَّلِ وَجَعَل الثَّانِيَ أَمرًا مُبتَدَأً (وَلو قَال أَمرُك بِيَدِك اليَومَ وَغَدًا يَدخُلُ اللَّيلُ فِي ذَلكَ، فَإِن رَدَّت الأمرَ فِي يَومِهَا لا يَبقَى الأَمرُ فِي يَدِهَا فِي غَدٍ) لأَنَّ هَذَا أَمرٌ وَاحِدٌ لأَنَّهُ لم يَتَخَلَّل بَينَ الوَقتَينِ المَذكُورَينِ وَقتٌ مِن جِنسِهِمَا لم يَتَنَاوَلهُ الكَلامُ وَقَد يَهجُمُ اللَّيلُ وَمَجلِسُ المَشُورَةِ لا يَنقَطِعُ فَصَارَ كَمَا إذَا قَال: أَمرُك بِيَدِك فِي يَومَينِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا إذَا رَدَّت الأَمرَ فِي اليَومِ لهَا أَن تَختَارَ نَفسَهَا غَدًا لأَنَّهَا لا تَملكُ رَدَّ الأَمرِ كَمَا لا تَملكُ رَدَّ الإِيقَاعِ. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّهَا إذَا اختَارَت نَفسَهَا اليَومَ لا يَبقَى لهَا الخِيَارُ فِي الغَدِ، فَكَذَا إذَا اختَارَت زَوجَهَا بِرَدِّ الأَمرِ لأَنَّ المُخَيَّرَ بَينَ الشَّيئَينِ لا يَملكُ إلا اختِيَارَ أَحَدِهِمَا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ إذَا قَال: أَمرُك بِيَدِك اليَومَ وَأَمرُك بِيَدِك غَدًا أَنَّهُمَا أَمرَانِ لِمَا أَنَّهُ ذَكَرَ لِكُلِّ وَقتٍ خَبَرًا بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ قَال لهَا أَمْرُك بِيَدِك اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ لَمْ يَدْخُل فِيهِ اللَّيْلُ) حَتَّى لوْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي اللَّيْل لا يَقَعُ الطَّلاقُ (وَإِنْ رَدَّتْ الأَمْرَ فِي يَوْمِهَا بَطَل أَمْرُ ذَلكَ اليَوْمِ وَكَانَ الأَمْرُ فِي يَدِهَا بَعْدَ غَدٍ لأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكْرِ وَقْتَيْنِ) يَعْنِي اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ (بَيْنَهُمَا وَقْتٌ مِنْ جِنْسِهِمَا) يَعْنِي الغَدَ (لَمْ يَتَنَاوَلهُ الأَمْرُ) فَإِنَّهَا لوْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي الغَدِ لا تَطْلُقُ فَكَانَا أَمْرَيْنِ (فَبِرَدِّ أَحَدِهِمَا لا يَرْتَدُّ الآخَرُ) وَهَذَا دَليلُ كَوْنِ الأَمْرِ بِيَدِهَا بَعْدَ غَدٍ بَعْدَ رَدِّهِ فِي اليَوْمِ.

وَقَوْلُهُ إذْ ذِكْرُ اليَوْمِ بِعِبَارَةِ الفَرْدِ لا يَتَنَاوَلُ اليَوْمَ) دَليلُ قَوْلهِ لَمْ يَدْخُل فِيهِ اللَّيْلُ وَهُوَ كَمَا تَرَى الإِدْلاجُ مُلبسٌ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا.

وَقَال زُفَرُ: هُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ بِمَنْزِلةِ قَوْلهِ أَنْتِ طَالقٌ اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ فِي كَوْنِ أَحَدِهِمَا مَعْطُوفًا عَلى الآخَرِ مِنْ غَيْرِ تَكْرَارِ لفْظِ الأَمْرِ. وَقُلنَا: الفَرْقُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ، وَهُوَ

أَنَّ الطَّلَاقَ لا يَحْتَمِلُ التَّأْقِيتَ فَكَانَتْ الطَّالِقُ الْيَوْمَ طَالِقًا غَدًا وَبَعْدَ غَد وَغَيْرِه، وَأَمَّا الأَمْرُ بِاليَد فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُهُ، وَذِكْرُ وَقْتَيْنِ غَيْرُ مُتَّصِلٍ أَحَدُهُمَا بِالآخَرِ لِتَخَلُّلِ وَقْت بَيْنَهُمَا غَيْرِ مَذْكُورٍ فَيُؤَقَّتُ بِالأَوَّل، وَجَعَل الثَّانِيَ أَمْرًا مُبْتَدأً كَأَنَّهُ قَال وَأَمْرُك بِيَدِك بَعْدَ غَد (وَلَوْ قَال أَمْرُك بِيَدِك اليَوْمَ وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذَلِكَ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ لأَنَّهَا لا تَمْلِكُ رَدَّ الأَمْرِ كَمَا لا تَمْلِكُ رَدَّ الإِيقَاعِ) مَعْنَاهُ لَيْسَ لِلمَرْأَة أَنْ تَرُدَّ الأَمْرَ بِاليَد الَّذِي صَدَرَ مِنْ زَوْجِهَا بِأَنْ تَقُول لا أَقْبَلُ كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَرُدَّ الإِيقَاعَ الَّذِي أَوْقَعَهُ زَوْجُهَا عَلَيْهَا بِقَوْلِه أَنْت طَالِقٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الأَمْرُ بَاقِيًا فِي الغَدِ كَمَا كَانَ وَكَانَ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا غَدًا. وَقَوْلُهُ وَجْهُ الظَّاهِر) ظَاهِرٌ وَكَذَا قَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قَال أَمْرُك بِيَدِك اليَوْمَ) قَال شَمْسُ الأَئِمَّة: هَذِه هِيَ الرِّوَايَةُ الصَّحِيحَةُ، وَجَعَل قَاضِي خَانْ هَذِه الرِّوَايَةَ أَصْل الرِّوَايَة وَلَمْ يَذْكُرْ خِلافَ أَحَد.

(وَإِن قَال: أَمرُك بِيَدِك يَومَ يَقدَمُ فُلانٌ فَقَدِمَ فُلانٌ فَلم تَعلم بِقُدُومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيلُ فَلا خِيَارَ لهَا) لأَنَّ الأَمرَ بِاليَدِ مِمَّا يَمتَدُّ فَيَحمِلُ اليَومَ المَقرُونَ بِهِ عَلى بَيَاضِ النَّهَارِ وَقَد حَقَّقنَاهُ مِن قَبلُ فَيُتَوَقَّتُ بِهِ ثُمَّ يَنقَضِي بِانقِضَاءِ وَقتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَال أَمْرُك بِيَدِك يَوْمَ يَقْدَمُ فُلانٌ فَقَدِمَ فُلانٌ فَلَمْ تَعْلَمْ بِقُدُومِه حَتَّى جَنَّ اللَّيْلُ فَلا خِيَارَ لَهَا) ظَاهِرٌ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ فِي آخِرِ فَصْل إِضَافَة الطَّلاق وَإِلَيْه أَشَارَ بِقَوْلِه وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (فَيَتَوَقَّتُ بِه) أَيْ بِالنَّهَارِ ثُمَّ يَنْقَضِي بِانْقِضَائِه.

(وَإِذَا جَعَل أَمرَهَا بِيَدِهَا أَو خَيَّرَهَا فَمَكَثَت يَومًا لم تَقُم فَالأَمرُ فِي يَدِهَا مَا لم تَأخُذ فِي عَمَلٍ آخَرَ) لأَنَّ هَذَا تَمليكُ التَّطليقِ مِنهَا (لأَنَّ المَالِكَ مَن يَتَصَرَّفُ بِرَأيِ نَفسِهِ وَهِيَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَالتَّمليكُ يَقتَصِرُ عَلى المَجلِسِ وَقَد بَيَّنَّاهُ) ثُمَّ إِن كَانَت تَسمَعُ يُعتَبَرُ مَجلِسُهَا ذَلِكَ، وَإِن كَانَت لا تَسمَعُ فَمَجلِسُ عِلمِهَا وَبُلُوغِ الخَبَرِ إِليهَا لأَنَّ هَذَا تَمليكٌ فِيهِ مَعنَى التَّعليقِ فَيَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءَ المَجلِسِ، وَلا يُعتَبَرُ مَجلِسُهُ لأَنَّ التَّعليقَ لازِمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلافِ البَيعِ لأَنَّهُ تَمليكٌ مَحضٌ لا يَشُوبُهُ التَّعليقُ، وَإِذَا اُعتُبِرَ مَجلِسُهَا فَالمَجلِسُ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالتَّحَوُّلِ وَمَرَّةً بِالأَخذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ عَلى مَا بَيَّنَّا فِي الخِيَارِ، وَيَخرُجُ الأَمرُ مِن يَدِهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ لأَنَّهُ دَليلُ الإِعرَاضِ، إِذ القِيَامُ يُفَرِّقُ الرَّأيَ، بِخِلافِ مَا إِذَا مَكَثَت

يومًا لم تَقُم ولم تَأخُذ فِي عَمَلٍ آخَرَ لأنَّ المَجلسَ قد يَطُولُ وقد يَقصُرُ فيَبقَى إلى أن يُوجَدَ ما يَقطَعُهُ أو ما يَدُلُّ على الإعراضِ. وقولُهُ مَكَثَت يومًا ليسَ للتَّقدِيرِ بِهِ. وقولُهُ ما لم تَأخُذ فِي عَمَلٍ آخرَ يُرَادُ بِهِ عَمَلٌ يُعرَفُ أنَّهُ قَطعٌ لِمَا كَانَ فِيهِ لا مُطلقَ العَمَلِ (ولو كَانَت قَائِمَةً فَجلَسَت فَهِيَ على خِيَارِهَا) لأَنَّهُ دَليلُ الإقبَالِ فإنَّ القُعُودَ أجمَعُ للرَّأيِ (وكَذَا إذَا كَانَت قَاعِدَةً فَاتَّكَأَت أو مُتَّكِئَةً فقَعَدَت) لأنَّ هَذَا انتِقَالٌ مِن جِلسَةٍ إلى جِلسَةٍ فَلا يَكُونُ إعرَاضًا، كَمَا إذَا كَانَت مُحتَبِيَةً فتَرَبَّعَت. قَال ﷺ : هَذَا رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وذَكَرَ فِي غَيرِهِ أنَّهَا إذَا كَانَت قَاعِدَةً فَاتَّكَأَت لا خِيَارَ لها لأنَّ الاتِّكَاءَ إظهَارُ التَّهَاوُنِ بِالأمرِ فَكَانَ إعرَاضًا، والأوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ. ولو كَانَت قَاعِدَةً فَاضطَجَعَت فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ (ولو قَالت أُدعُ أَبِي أَستَشِرهُ أو شُهُودًا أُشهِدهُم فَهِيَ عَلى خِيَارِهَا) لأنَّ الاستِشَارَةَ لِتَحَرِّي الصَّوَابِ، والإشهَادَ للتَّحَرُّزِ عَن الإنكَارِ فَلا يَكُونُ دَليلَ الإعرَاضِ (وإن كَانَت تَسِيرُ على دَابَّةٍ أو فِي مَحمَلٍ فوَقَفَت فَهِيَ على خِيَارِهَا، وإن سَارَت بَطَلَ خِيَارُهَا) لأنَّ سَيرَ الدَّابَّةِ ووُقُوفَهَا مُضَافٌ إليهَا (والسَّفِينَةُ بِمَنزِلَةِ البَيتِ) لأنَّ سَيرَهَا غيرُ مُضَافٍ إلى رَاكِبِهَا، ألا تَرَى أنَّهُ لا يَقدِرُ على إيقَافِهَا وَرَاكِبُ الدَّابَّةِ يَقدِرُ.

الشرح:

(وَإِذَا جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا أَوْ خَيَّرَهَا فَمَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ فَالأَمْرُ فِي يَدِهَا مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ لأَنَّ هَذَا تَمْلِيكُ التَّطْلِيقِ مِنْهَا لأَنَّ المَالِكَ مَنْ يَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهِ) وَهَذِهِ تَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهَا فَهِيَ مَالِكَةٌ وَالتَّمْلِيكُ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ الاخْتِيَارِ مِنْ قَوْلِهِ: التَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي المَجْلِسِ كَمَا فِي البَيْعِ. قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ قَالَ قَبْلَ هَذَا إِذَا قَالَ **أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَغَدًا** يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذَلِكَ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ الأَمْرَ بِيَدِهَا لا يَبْطُلُ فِي يَوْمَيْنِ وَإِنْ قَامَتْ عَنْ المَجْلِسِ، لأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ بِالقِيَامِ عَنْ المَجْلِسِ لَمْ يَكُنْ لِتَقْيِيدِهِ بِيَوْمَيْنِ فَائِدَةٌ؛ لأَنَّ المَرْأَةَ إِذَا لَمْ تَقُمْ مِنْ مَجْلِسِهَا يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ لا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى المَجْلِسِ وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَسْمَعُ يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهَا ذَلِكَ) أَيْ الَّذِي سَمِعَتْ فِيهِ (وَإِنْ كَانَتْ لا تَسْمَعُ) لِغَيْبَةٍ أَوْ لِصَمَمٍ (فَمَجْلِسُ عِلْمِهَا) وَبُلُوغُ الخَبَرِ إِلَيْهَا لأَنَّ هَذَا تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ المَجْلِسِ، كَمَا لَوْ قَالَ **إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ**

طَالِقٌ، وَهَذَا لأَنَّ مَعْنَى أَمْرُك بِيَدِك إنْ أَرَدْت طَلاقَك فَأَنْت طَالِقٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ التَّمْلِيكَ لا يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ وَالتَّعْلِيقُ كَذَلِكَ، وَالأَمْرُ بِاليَدِ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَيَيْهِمَا عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ فَكَيْفَ يَكُونُ مُحْتَمِلا لهُ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّمْلِيكَ الَّذِي هُوَ مُعْتَبَرٌ فِيهِ مِنْ بَابِ تَمْلِيكِ المَنَافِعِ كَالإِجَارَةِ وَالعَارِيَّةِ وَذَلِكَ يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ؛ وَإِذَا صَحَّ التَّوْقِيتُ بِهَذَا الاعْتِبَارِ صَارَ الأَمْرُ بِيَدِهَا فِي المُدَّةِ الَّتِي وَقَّتَهَا، فَلَوْ بَطَلَ الأَمْرُ بِقِيَامِهَا عَنْ المَجْلِسِ لَمْ يَكُنْ للتَّأْقِيتِ فَائِدَةٌ، وَبِهَذَا خَرَجَ الجَوَابُ عَنْ النَّظَرِ المُتَقَدِّمِ أَيْضًا.

وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ التَّعْلِيقُ فَلا يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ، فَإِذَا كَانَ الأَمْرُ بِاليَدِ مُطْلَقًا عَنْ التَّوْقِيتِ اعْتَبَرْنَا جَانِبَ التَّمْلِيكِ، فَقُلْنَا بِالاقْتِصَارِ عَلَى المَجْلِسِ لِعَدَمِ مَا يَدُلُّ عَلَى وَقْتٍ مُعَيَّنٍ، وَاعْتَبَرْنَا مَعْنَى التَّعْلِيقِ فَقُلْنَا بِبَقَاءِ الإِيجَابِ إلَى مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ إذَا كَانَتْ غَائِبَةً عَمَلا بِالدَّلِيلَيْنِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَلا يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهُ، حَتَّى لَوْ قَامَ وَهِيَ جَالِسَةٌ، فَالخِيَارُ بَاقٍ لأَنَّ التَّعْلِيقَ حِينَئِذٍ لازِمٌ فِي حَقِّهِ حَتَّى لا يَقْدِرَ عَلَى الرُّجُوعِ لِكَوْنِهِ تَصَرُّفَ يَمِينٍ مِنْ جَانِبِهِ، بِخِلافِ البَيْعِ حَتَّى يُعْتَبَرَ مَجْلِسُهُمَا جَمِيعًا، فَإِنْ أَيُّهُمَا قَامَ عَنْ المَجْلِسِ قَبْلَ قَبُولِ الآخَرِ بَطَلَ البَيْعُ لأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مَحْضٌ لا يَشُوبُهُ التَّعْلِيقُ، وَلِهَذَا لَوْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنْ كَلامِهِ قَبْلَ قَبُولِ الآخَرِ جَازَ إذَا اُعْتُبِرَ مَجْلِسُهَا، فَالمَجْلِسُ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالتَّحَوُّلِ: يَعْنِي إلَى مَجْلِسٍ آخَرَ، وَمَرَّةً بِالأَخْذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الخِيَارِ، يَعْنِي فِي قَوْلِهِ إذْ مَجْلِسُ الأَكْلِ غَيْرُ مَجْلِسِ المُنَاظَرَةِ إلَى آخِرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لِلتَّقْدِيرِ بِهِ) أَيْ بِاليَوْمِ لأَنَّهُ لَوْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الإِعْرَاضِ فَهُوَ بَاقٍ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَقَوْلُهُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فَجَلَسَتْ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) أَيْ رِوَايَةُ الجَامِعِ (أَصَحُّ) لأَنَّ مَنْ حَزَبَهُ أَمْرٌ قَدْ يَسْتَنِدُ لِلتَّفَكُّرِ لِمَا أَنَّ الاسْتِنَادَ سَبَبٌ لِلرَّاحَةِ كَالقُعُودِ. وَقَوْلُهُ (فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ لا تَبْطُلُ، وَفِي رِوَايَةِ الحَسَنِ بْنِ أَبِي مَالِكٍ عَنْهُ تَبْطُلُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ. وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مُنْدَرِجٌ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ. قِيلَ خَصَّ أَبَا يُوسُفَ بِالذِّكْرِ وَإِنْ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ صَاحِبَيْهِ كَذَلِكَ لأَنَّهُمَا نَقَلا عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَتْ اُدْعُ أَبِي أَسْتَشِيرُهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالسَّفِينَةُ بِمَنْزِلَةِ البَيْتِ) يَعْنِي أَنَّهَا إذَا سَارَتْ لا يَبْطُلُ خِيَارُهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ.

فصل في المشيئة

(وَمَن قَال لامرأتِهِ: طَلِّقِي نَفسَك وَلا نِيَّةَ لهُ أَو نَوَى وَاحِدَةً فقَالت: طَلَّقت نَفسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجعِيَّةٌ، وَإِن طَلَّقَت نَفسَهَا ثَلاثًا وَقَد أَرَادَ الزَّوجُ ذَلكَ وَقَعنَ عَليهَا) وَهَذَا لأَنَّ قَولهُ طَلِّقِي مَعنَاهُ افعَلِي فِعل التَّطلِيقِ، وَهُوَ اسمُ جِنسٍ فَيَقَعُ عَلى الأدنَى مَعَ احتِمَال الكُلِّ كَسَائِرِ أَسمَاءِ الأَجنَاسِ، فَلهَذَا تَعمَلُ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلاثِ، وَيَنصَرِفُ إلى وَاحِدَةٍ عِندَ عَدَمِهَا وَتَكُونُ الوَاحِدَةُ رَجعِيَّةً لأَنَّ المُفَوَّضَ إليهَا صَرِيحُ الطَّلاقِ، وَلو نَوَى الثِّنتَينِ لا تَصِحُّ لأَنَّهُ نِيَّةُ العَدَدِ إلا إذَا كَانَت المَنكُوحَةُ أَمَةً لأَنَّهُ جِنسٌ فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(فَصلٌ فِي المَشِيئَةِ): قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ تَقْدِيمِ الاخْتِيَارِ وَبَعْدَهُ السُّؤَالُ عَنْ تَقَدُّمِ الأَمْرِ بِاليَدِ وَالمَشِيئَةِ دَوْرِيٌّ فَيَسْقُطُ (وَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِه طَلِّقِي نَفْسَك وَلا نِيَّةَ لهُ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً فَقَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلكَ وَقَعْنَ) سَوَاءٌ طَلَّقَتْ جُمْلَةً أَوْ مُتَفَرِّقَةً.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ قَوْلهُ طَلِّقِي) ظَاهِرٌ لكِنْ تُرْجِمَ الفَصْلُ بِفَصْلِ المَشِيئَةِ فَكَانَ الابْتِدَاءُ فِيهِ بِمَسْأَلةٍ فِيهَا ذِكْرُ المَشِيئَةِ أَوْلَى.

(وَإِن قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك قَالت: أَبَنت نَفسِي طَلقت) وَلو قَالت: قَد اختَرت نَفسِي لم تَطلُق لأَنَّ الإِبَانَةَ مِن أَلفَاظِ الطَّلاقِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لو قَال لامرَأَتِهِ: أَبَنتُك يَنوِي بِهِ الطَّلاقَ أَو قَالت: أَبَنت نَفسِي فَقَال الزَّوجُ: قَد أَجَزت ذَلكَ بَانَت فَكَانَت مُوَافِقَةً للتَّفوِيضِ فِي الأَصل إلا أَنَّهَا زَادَت فِيهِ وَصفًا وَهُوَ تَعجِيلُ الإِبَانَةِ فَيَلغُو الوَصفُ الزَّائِدُ وَيَثبُتُ الأَصلُ، كَمَا إذَا قَالت: طَلَّقت نَفسِي تَطلِيقَةً بَائِنَةً، وَيَنبَغِي أَن تَقَعَ تَطلِيقَةٌ رَجعِيَّةٌ. بِخِلافِ الاختِيَارِ لأَنَّهُ لَيسَ مِن أَلفَاظِ الطَّلاقِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو قَال لامرَأَتِهِ اختَرتُك أَو اختَارِي يَنوِي الطَّلاقَ لم يَقَع، وَلو قَالت ابتِدَاءً: اختَرت نَفسِي فَقَال الزَّوجُ: قَد أَجَزت لا يَقَعُ شَيءٌ إلا أَنَّهُ عُرِفَ طَلاقًا بِالإِجمَاعِ إذَا حَصَل جَوَابًا للتَّخيِيرِ، وَقَولُهُ طَلِّقِي نَفسَك لَيسَ بِتَنجِيزٍ فَيَلغُو.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَقَعُ شَيءٌ بِقَولهَا أَبَنت نَفسِي لأَنَّهَا أَتَت بِغَيرِ مَا فَوَّضَ إليهَا إذ الإِبَانَةُ تُغَايِرُ الطَّلاقَ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَك فَقَالَتْ أَبَنْت نَفْسِي طَلُقَتْ، وَلَوْ قَالَتْ قَدْ اخْتَرْت نَفْسِي لَمْ تَطْلُقْ) وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ الإِبَانَةَ مِنْ أَلفَاظِ الطَّلاقِ لأَنَّهَا وُضِعَتْ لِقَطْعِ وَصْلَةِ النِّكَاحِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَبَنْتُك يَنْوِي الطَّلاقَ أَوْ قَالَتْ أَبَنْت نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ قَدْ اخْتَرْت ذَلِكَ بَانَتْ وَأَلفَاظُ الطَّلاقِ تُوَافِقُ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا لِكَوْنِهِ تَطْلِيقًا فَكَانَتْ الإِبَانَةُ مُوَافِقَةً لِلتَّفْوِيضِ فِي الأَصْلِ، وَإِذَا كَانَ الجَوَابُ مُوَافِقًا لِلسُّؤَالِ مِنْ حَيْثُ الأَصْلُ كَانَ صَحِيحًا مِنْ حَيْثُ الأَصْلُ إلا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهِ: أَيْ فِي الجَوَابِ وَصْفًا وَهُوَ تَعْجِيلُ الإِبَانَةِ لأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا تُفِيدُ الإِبَانَةَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَإِمَّا أَنْ يَبْطُلَ الأَصْلُ لأَجْلِ مَا زِيدَ فِيهِ مِنْ الوَصْفِ، أَوْ يَلغُوَ الوَصْفُ لِرِعَايَةِ الأَصْلِ، وَإِلغَاءُ الوَصْفِ لِتَصْحِيحِ الأَصْلِ أَوْلَى فَيُصَارُ إِلَيْهِ كَمَا لَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ طَلِّقِي نَفْسَك تَطْلِيقَةً طَلَّقْت نَفْسِي تَطْلِيقَةً بَائِنَةً.

وَقَوْلُهُ (وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ) إِنَّمَا قَالَ هَكَذَا تَفْسِيرًا لِكَلامِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ قَالَ طَلُقَتْ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِشَيْءٍ آخَرَ، وَأَرَى أَنَّهُ مُسْتَغْنًى عَنْهُ لأَنَّ كَوْنَهَا رَجْعِيَّةً يُعْلَمُ مِنْ قَوْلِهِ فَيَلغُو الوَصْفُ الزَّائِدُ وَيَثْبُتُ الأَصْلُ.

وَقَوْلُهُ بِخِلافِ الاخْتِيَارِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ لأَنَّ الإِبَانَةَ مِنْ أَلفَاظِ الطَّلاقِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَقَعُ شَيْءٌ بِقَوْلِهَا أَبَنْت نَفْسِي لأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا) حَيْثُ كَانَ المُفَوَّضُ الطَّلاقَ وَمَا أَتَتْ بِهِ الإِبَانَةُ وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ لا مَحَالَةَ، وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ إِبْطَالُ الأَصْلِ لِلوَصْفِ وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تَطْلُقُ طَلاقًا بَائِنًا لأَنَّ الزَّوْجَ مَلَّكَهَا إِيقَاعَ الطَّلاقِ مُطْلَقًا وَهُوَ يَمْلِكُ إِيقَاعَ البَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ فَكَذَا هِيَ، وَفِي هَذَا تَرْكُ اعْتِبَارِ المُطَابَقَةِ بَيْنَ التَّفْوِيضِ وَالجَوَابِ، وَالفِقْهُ هُوَ الأَوَّلُ: أَعْنِي ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ.

(وَلَو قَالَ لهَا: طَلِّقِي نَفسَك فَليسَ لهُ أَن يَرجِعَ عَنهُ) لأَنَّ فِيهِ مَعنَى اليَمِينِ لأَنَّهُ تَعليقُ الطَّلاقِ بِتَطليقِهَا وَاليَمِينُ تَصَرُّفٌ لازِمٌ، وَلَو قَامَت عَن مَجلِسِهَا بَطَل لأَنَّهُ تَمليكٌ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ لهَا: طَلِّقِي ضَرَّتَك لأَنَّهُ تَوكِيلٌ وَإِنَابَةٌ فَلا يَقتَصِرُ عَلى المَجلسِ وَيَقبَلُ الرُّجُوعَ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكِ) ظَاهِرٌ. وَحُكْمُهُ اللُّزُومُ نَظَرًا إلى اليَمِينِ وَالاقْتِصَارُ عَلَى المَجْلِسِ نَظَرًا إلى التَّمْلِيكِ: وَفِيهِ مُطَالَبَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا مَا وَجْهُ اخْتِصَاصِ طَلِّقِي نَفْسَكِ بِاليَمِينِ دُونَ طَلِّقِي ضَرَّتَكِ وَكَمَا كَانَ مَعْنَى طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ طَلَّقْتِ نَفْسَكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ جَازَ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى طَلِّقِي ضَرَّتَكِ إِنْ أَرَدْتِ طَلَاقَهَا فَهِيَ طَالِقٌ.

وَالثَّانِيَةُ مَا وَجْهُ اخْتِصَاصِ الأَوَّلِ بِالتَّمْلِيكِ وَالثَّانِي بِالتَّوْكِيلِ؟ وَالجَوَابُ عَنْ الأُولَى أَنَّ اليَمِينَ بِالتَّعْلِيقِ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا وُجُودُهُ مُتَرَدِّدٌ، وَوُجُودُ طَلَاقِ الضَّرَّةِ إِذَا فَوَّضَ إِلَيْهَا أَمْرٌ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ طَبْعًا وَعَادَةً فَلَا يَصْلُحُ شَرْطًا.

وَأُجِيبَ عَنْ الثَّانِيَةِ بِمَا تَقَدَّمَ، أَنَّ المَالِكَ هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ وَالوَكِيلَ هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، وَالمَرْأَةُ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا عَامِلَةٌ لِنَفْسِهَا بِتَخْلِيصِهَا عَنْ رِقِّ النِّكَاحِ وَفِي طَلَاقِ ضَرَّتِهَا عَامِلَةٌ لِلزَّوْجِ. وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهَا فِي طَلَاقِ ضَرَّتِهَا أَعْمَلُ لِنَفْسِهَا مِنْهَا فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا؛ وَلِأَنَّ الصُّورَتَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ بَابِ المَشِيئَةِ أَوْ لَا. وَالمَآلُ شُمُولُ التَّمْلِيكِ أَوْ شُمُولُ التَّوْكِيلِ أَوْ التَّحْكِيمِ البَاطِلِ.

(وَإِن قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَى شِئْتِ فَلَهَا أَن تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي المَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَى عَامَّةٌ فِي الأَوقَاتِ كُلِّهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتِ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَى شِئْتِ) وَاضِحٌ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ التَّمْلِيكُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مَوْجُودٌ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الطَّلَاقِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ لِكَوْنِهِ لَازِمَ التَّمْلِيكِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الاقْتِصَارَ عَلَى المَجْلِسِ مِنْ أَحْكَامِ التَّمْلِيكِ، وَالحُكْمُ قَدْ يَتَأَخَّرُ لِمَانِعٍ كَمَا فِي شَرْطِ الخِيَارِ وَهُوَ طَرِيقَةُ تَخْصِيصِ العِلَّةِ وَمَوْضِعُهُ الأُصُولُ.

(وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْ امرَأَتِي فَلَهُ أَن يُطَلِّقَهَا فِي المَجلِسِ وَبَعدَهُ) وَلَهُ أَن يَرجِعَ عَنهُ لِأَنَّهُ تَوكِيلٌ وَأَنَّهُ استِعَانَةٌ، فَلَا يَلزَمُ وَلَا يَقتَصِرُ عَلَى المَجلِسِ، بِخِلَافِ قَولِهِ لِامرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفسَكِ لِأَنَّهَا عَامِلَةٌ لِنَفسِهَا فَكَانَ تَملِيكًا لَا تَوكِيلًا (وَلَو قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقهَا إِن

شئت فلهُ أن يُطلّقهَا في المَجلسِ خاصَّةً) وليسَ للزَّوجِ أن يَرجعَ. وقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا والأوّلُ سَوَاءٌ لأنَّ التَّصريحَ بالمَشِيئَةِ كعَدَمِهِ لأنَّهُ يَتَصرَّفُ عن مَشِيئَتِهِ فصَارَ كَالوَكِيل بالبَيعِ إذَا قِيل لهُ: بعهُ إن شئت. وَلنَا أنَّهُ تَمليكٌ لأنَّهُ علَّقَهُ بالمَشِيئَةِ وَالمَالكُ هُوَ الَّذي يَتَصرَّفُ عَن مَشِيئَتِهِ، وَالطَّلاقُ يَحتَمِلُ التَّعليقَ بخِلافِ البَيعِ لأنَّهُ لا يَحتَمِلُهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا قَال لرَجُلٍ طَلِّقْ امْرَأَتِي) وَاضِحٌ، وَمَنَاطُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي التَّمْليكِ وَالتَّوْكِيل مِنْ أَنَّ المَالكَ عَامِلٌ لنَفْسِه وَالوَكِيل لغَيْرِه وَقَدْ عَلمْت مَا عَلَيْه (وَلوْ **قَال لرَجُلٍ طَلِّقْهَا إنْ شئْت** فَلهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي المَجْلسِ خَاصَّةً وَلَيْسَ للزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ.

وَقَال زُفَرُ: هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لأَنَّ التَّصْرِيحَ بالمَشِيئَة كَعَدَمِ التَّصْرِيحِ لأَنَّهُ يَتَصرَّفُ عَنْ مَشيئَتِه) لأَنَّ الفعْل الاخْتيَاريَّ لا يَتَحَقَّقُ بدُونهَا وَفعْلُهُ اخْتيَاريٌّ؛ وَإِذَا تَسَاوَيَا كَانَ الثَّاني تَوْكيلا كَالأَوَّل وَصَارَ كَمَا لوْ **قَال للوَكِيل بالبَيْعِ بعْ إنْ شئْت**، فَإِنَّ ذكْرَ المَشيئَة لا يُخرِجُ التَّوْكيل إلى التَّمْليكِ (وَلنَا أَنَّهُ تَمْليكٌ لأَنَّهُ عَلَّقَهُ بالمَشيئَة وَالمَالكُ هُوَ الَّذي يَتصرَّفُ عَنْ مَشيئَته).

لا يُقَالُ: قَدْ بَيَّنَ آنفًا أَنَّ الوَكيل أَيْضًا يَتصرَّفُ بمَشيئَته. لأَنَّا نَقُولُ: المَشيئَةُ نَوْعَانِ: مَشيئَةٌ تَفْتَقرُ إليْهَا الحَرَكَةُ الإرَاديَّةُ وَهيَ ثَابتَةٌ في كُلِّ مُتَحَرِّكٍ بهَا، وَمَشيئَةٌ أُخْرَى يَتَرَتَّبُ عَليْهَا اسْتحْسَانُ الفعْل وَتَرْكُهُ، وَالأُولى ثَابتَةٌ فِي التَّوْكيل مَعَ جهَة حَظْرٍ يَرْفَعُهَا قَوْلُهُ طَلِّقْهَا إيقَاعًا لفعْل المُوَكِّل، وَالثَّانيَةُ إنَّمَا تَكُونُ فِي المُلاك وَقَدْ فَوَّضَهَا إليْه بقَوْله إنْ شئْت فكَانَ تَمْليكًا، هَذَا مَا أَمْكَنَني تَلخيصُهُ منْ كَلام المَشَايخ.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: كَوْنُهُ عَاملا لنَفْسه لازمٌ منْ لوَازم التَّمْليك وَقَدْ انْتَفَى فِي هَذه الصُّورَة.

وَأَقُولُ: إذَا بَنَى الكَلامَ عَلى مَا قَدْ ثَبَتَ أَنَّ التَّمْليكَ إقْرَارٌ شَرْعيٌّ عَلى مَحَلِّ التَّصرُّف وَالتَّوْكيل إقْرَارٌ شَرْعيٌّ عَلى نَفْسِ التَّصرُّف لا عَلى أَنَّ المَالكَ يَعْمَلُ لنَفْسه وَالوَكيل سَقَطَ هَذَا الاعْترَاضُ، وَالنَّظَرُ الأَوَّلُ فِي طَلاق الضَّرَّة عَلى مَا مَرَّ.

ثُمَّ أَقُولُ: وَالوَكيلُ فِي الطَّلاق كَالرَّسُول، وَحَيْثُ لا يُتَصوَّرُ أَنْ يَكُونَ الشَّخصُ رَسُولا إلى نَفْسه كَانَ قَوْلُهُ طَلِّقي نَفْسَك تَمْليكًا، وَأَمَّا قَوْلُهُ طَلِّقي ضَرَّتَك وَقَوْلُهُ لأَجْنَبيٍّ

طَلِّقْ امْرَأَتِي فَيَحْتَمِلان الرِّسَالَة، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ كَلِمَةَ إنْ شِئْت كَانَ تَوْكِيلا، وَإِنْ ذَكَرَهَا كَانَ تَمْلِيكًا صَوْنًا للزِّيَادَة عَنْ الإلغَاء، إذْ التَّوْكِيلُ يَحْصُلُ بِدُونِه وَبِه يَنْدَفِعُ النَّظَرُ الثَّانِي فِي طَلاق الضَّرَّة فَتَأَمَّلْهُ فَلعَلَّهُ مَخْلصٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالطَّلاقُ يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرَ صُورَةَ النِّزَاعِ عَلى البَيْعِ. فَإِنْ قِيل: هَذَا تَوْكِيلٌ للبَيْعِ لا البَيْعُ نَفْسُهُ وَالتَّوْكِيلُ بِهِ قَابِلٌ للتَّعْلِيقِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ اُعْتُبِرَ التَّوْكِيلُ بِالبَيْعِ بِأَصْل البَيْعِ.

(وَلو قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك ثَلاثًا فَطَلَّقَت وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لأَنَّهَا مَلَكَت إيقَاعَ الثَّلاثِ فَتَملكُ إيقَاعَ الوَاحِدَةِ ضَرُورَةً (وَلو قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَةً فَطَلَّقَت نَفسَهَا ثَلاثًا لم يَقَع شَيْءٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لأَنَّهَا أَتَت بِمَا مَلَكَتهُ وَزِيَادَةٍ فَصَارَ كَمَا إذَا طَلَّقَهَا الزَّوجُ أَلفًا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَتَت بِغَيرِ مَا فَوَّضَ إليهَا فَكَانَت مُبتَدِئَةً، وَهَذَا لأَنَّ الزَّوجَ مَلَّكَهَا الوَاحِدَةَ وَالثَّلاثُ غَيرُ الوَاحِدَةِ لأَنَّ الثَّلاثَ اسمٌ لعَدَدٍ مُرَكَّبٍ مُجتَمِعٍ وَالوَاحِدَةُ فَردٌ لا تَركِيبَ فِيهِ فَكَانَت بَينَهُمَا مُغَايِرَةٌ عَلى سَبِيل المُضَادَّةِ، بِخِلافِ الزَّوجِ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكمِ المِلكِ، وَكَذَا هِيَ فِي المَسأَلَةِ الأُولى لأَنَّهَا مَلَكَت الثَّلاثَ، أَمَّا هَاهُنَا لم تَملك الثَّلاثَ وَمَا أَتَت بِمَا فُوِّضَ إليهَا فَلغَت.

الشرح:

قَال: (وَإِنْ قَال لهَا طَلِّقِي نَفْسَك ثَلاثًا) هَذَا لبَيَان مُخَالفَة المَرْأَة زَوْجَهَا فِي إيقَاع مَا فَوَّضَ إلَيْهَا، وَالمَسْأَلةُ الأُولى ظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَوَجْهُ قَوْلهمَا فِيهَا وَاضِحٌ، كَمَا لوْ قَال لهَا **طَلِّقِي نَفْسَك وَطَلَّقَهَا** وَضَرَّتَهَا وَكَمَا تَقَدَّمَ فِيمَا إذَا **قَال لهَا طَلِّقِي نَفْسَك فَقَالتْ أَبَنْت نَفْسِي** فَإِنَّهُ يَقَعُ عَليْهَا طَلقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَلمْ يَعْتَبِرْ مَا زَادَتْ مِنْ صِفَة البَيْنُونَة مُعْدمًا للمُطَابَقَة فِي أَصْل الطَّلاق فَيَكُونُ كَقَوْلهَا طَلَّقْت نَفْسِي مِنْك مُمْتَثلةً وَيَلغُو قَوْلُهَا ثَلاثًا (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إليْهَا) وَمَنْ فَعَلتْ كَذَلكَ كَانَتْ مُبْتَدئَةً كَمَا لوْ **قَال لهَا طَلِّقِي نَفْسَك فَطَلَّقَتْ ضَرَّتَهَا** فَيَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَته، وَكَلامُهُ فِيه ظَاهِرٌ.

فَإِنْ قِيل: قَدْ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَب أَهْل الحَقِّ أَنَّ الوَاحدَ مِنْ العَشَرَة ليْسَ عَيْنَهَا وَلا غَيْرَهَا فَكَذَلكَ الوَاحِدُ مِنْ الثَّلاثَة يَكُونُ لا عَيْنَهَا وَلا غَيْرَهَا، فَمَا وَجْهُ إثْبَات المُغَايَرَة بَيْنَهُمَا؟

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ فِي العَشَرَةِ المَوْجُودَةِ أَوْ المُتَصَوَّرَةِ، وَأَمَّا الثَّلاثُ هَهُنَا فَمَعْدُومٌ، وَالوَاحِدُ المَوْجُودُ غَيْرُ الثَّلاثِ المَعْدُومَة.

فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا المُغَايَرَةَ لكِنْ إِذَا **قَال لَهَا أَمْرُك بِيَدك وَنَوَى الوَاحِدَةَ وَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا** وَقَعَتْ الوَاحِدَةُ وَقَدْ أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا إِذْ الثَّلاثُ غَيْرُ الوَاحِدَةِ عَلى مَا ذُكِرَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ التَّفْوِيضَ هُنَاكَ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِشَيْءٍ، فَقَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُونُ عَامًّا، فَإِذَا نَوَى الوَاحِدَةَ فَقَدْ قَصَدَ تَفْوِيضًا خَاصًّا وَهُوَ غَيْرُ مُخَالِفٍ للظَّاهِرِ، فَلمَّا أَوْقَعَتْ ثَلاثًا فَقَدْ وَافَقَتْهُ فِيمَا هُوَ أَصْلُ التَّفْوِيضِ وَهُوَ لا يَكُونُ أَقَلَّ مِنْ الوَاحِدَةِ فَتَقَعُ الوَاحِدَةُ.

(وَإِن أَمَرَهَا بِطَلَاقٍ يَملكُ الرَّجعَةَ فَطَلَّقَت بَائِنَةً، أَو أَمَرَهَا بِالبَائِنِ فَطَلَّقَت رَجعِيَّةً) (وَقَعَ مَا أَمَرَ بِهِ الزَّوجُ) فَمَعنَى الأَوَّل أَن يَقُول لهَا الزَّوجُ: طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَةً أَملكُ الرَّجعَةَ فَتَقُولُ: طَلَّقت نَفسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقَعُ رَجعِيَّةً لأَنَّهَا أَتَت بِالأَصل وَزِيَادَةِ وَصفٍ كَمَا ذَكَرنَا فَيَلغُو الوَصفُ وَيَبقَى الأَصلُ، وَمَعنَى الثَّانِي أَن يَقُول لهَا طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقُولُ طَلَّقت نَفسِي وَاحِدَةً رَجعِيَّةً فَتَقَعُ بَائِنَةً لأَنَّ قَولهَا وَاحِدَةً رَجعِيَّةً لغوٌ مِنهَا لأَنَّ الزَّوجَ لَمَّا عَيَّنَ صِفَةَ المُفَوَّضِ إِليهَا فَحَاجَتُهَا بَعدَ ذَلكَ إِلى إِيقَاعِ الأَصل دُونَ تَعيِينِ الوَصفِ فَصَارَ كَأَنَّهَا اقتَصَرَت عَلى الأَصل فَيَقَعُ بِالصِّفَةِ الَّتِي عَيَّنَهَا الزَّوجُ بَائِنًا أَو رَجعِيًّا (وَإِن قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك ثَلاثًا إِن شِئت فَطَلَّقَت نَفسَهَا وَاحِدَةً لم يَقَع شَيءٌ) لأَنَّ مَعنَاهُ إِن شِئت الثَّلاثَ وَهِيَ بِإِيقَاعِ الوَاحِدَةِ مَا شَاءَت الثَّلاثَ فَلم يُوجَد الشَّرطُ (وَلو قَال لهَا: طَلِّقِي نَفسَك وَاحِدَةً إِن شِئت فَطَلَّقَت ثَلاثًا فَكَذَلكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلاثِ لَيسَت بِمَشِيئَةٍ للوَاحِدَةِ كَإِيقَاعِهَا (وَقَالا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلاثِ مَشِيئَةٌ للوَاحِدَةِ، كَمَا أَنَّ إِيقَاعَهَا إِيقَاعٌ للوَاحِدَةِ فَوُجِدَ الشَّرطُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَمَرَهَا بِطَلَاقٍ يَمْلكُ الرَّجْعَةَ) ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ إِنْ **قَال لَهَا طَلِّقِي نَفْسَك ثَلاثًا إِنْ شِئْت** لأَنَّ مَعْنَى قَوْله إِنْ شِئْت إِنْ شِئْت الثَّلاثَ إِذْ الشَّرْطُ لا بُدَّ لهُ مِنْ جَزَاءٍ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَقَدِّمًا عَليْه أَوْ يُقَدَّرُ مِثْلُهُ مُتَأَخِّرًا، وَعَلى كلا التَّقْدِيرَيْنِ يَتَعَلَّقُ بِمَشِيئَةِ الثَّلاثِ وَلَمْ تُوجَدْ بِمَشِيئَةِ الوَاحِدَةِ، وَكَذَا عَكْسُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ الشَّرْطَ

مَشيئَةُ الوَاحِدَةِ وَمَشيئَةُ الثَّلاث لَيْسَتْ مَشيئَةً للوَاحِدَة، كَمَا أَنَّ إيقَاعَ الثَّلاثِ لَيْسَ بإِيقَاعٍ للوَاحِدَةِ فِيمَا إِذَا قَالتْ طَلَّقْت نَفْسِي ثَلاثًا، وَوَجْهُ قَوْلهمَا ظَاهِرٌ.

(وَلو قَال لهَا: أَنتِ طَالقٌ إن شِئتِ فقَالت: شِئتُ إن شِئتَ فقَال الزَّوجُ: شِئتُ يَنوِي الطَّلاقَ بَطَل الأمرُ) لأنَّهُ علَّقَ طَلاقَهَا بِالمَشِيئَةِ المُرسَلةِ وَهِيَ أَتَت بِالمُعلَّقَةِ فَلم يُوجَد الشَّرطُ وَهُوَ اشتِغَالٌ بِمَا لا يَعنِيهَا فَخَرَجَ الأمرُ مِن يَدِهَا، وَلا يَقَعُ الطَّلاقُ بِقَولِهِ شِئت وَإِن نَوَى الطَّلاقَ لأنَّهُ لَيسَ فِي كَلامِ المَرأَةِ ذِكرُ الطَّلاقِ لِيَصِيرَ الزَّوجُ شَائِيًا طَلاقَهَا، وَالنِّيَّةُ لا تَعمَلُ فِي غَيرِ المَذكُورِ حَتَّى لو قَال: شِئت طَلاقَك يَقَعُ إِذَا نَوَى لأنَّهُ إِيقَاعٌ مُبتَدَأٌ إِذ المَشِيئَةُ تُنبِئُ عَن الوُجُودِ، بِخِلافِ قَولِهِ أَرَدت طَلاقَك لأنَّهُ لا يُنبِئُ عَن الوُجُودِ. (وَكَذَا إِذَا قَالت شِئتُ إن شَاءَ أَبِي أَو شِئت إن كَانَ كَذَا لأمرٍ لم يَجِئْ بَعدُ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّ المَأتِيَّ بِهِ مَشِيئَةٌ مُعَلَّقَةٌ فَلا يَقَعُ الطَّلاقُ وَبَطَل الأمرُ (وَإِن قَالت: قَد شِئت إن كَانَ كَذَا لأمرٍ قَد مَضَى طَلُقَت) لأنَّ التَّعلِيقَ بِشَرطٍ كَائِنٍ تَنجِيزٌ.

الشرح:

(وَلَوْ قَال لهَا أَنْت طَالقٌ إنْ شِئْت فَقَالتْ شِئْت إنْ شِئْت فَقَال شِئْت يَنْوِي الطَّلاقَ بَطَل الأَمْرُ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ بِقَوْلِهِ شِئْت لأَنَّهُ يَمْلكُ إيقَاعَ الطَّلاقِ بِهَذَا اللَّفْظِ.

وَالثَّاني أَنَّهُ إذَا قَال شِئْت طَلاقَك: أَيْ بِلفْظِ صَرِيحِ الطَّلاقِ يَنْبَغِي أَنْ لا يَحْتَاجَ إلى النِّيَّة.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ كَلامَهُ بِنَاءٌ عَلى كَلامِهَا وَلَيْسَ فِي كَلامِهَا ذِكْرُ الطَّلاقِ وَإِنَّمَا فِيه ذِكْرُ المَشيئَة فَيَكُونُ شَائِيًا بِمَشِيئَتِهَا لا بِطَلاقِهَا، لا يُقَالُ كَلامُهَا مَبْنِيٌّ عَلى كَلامِهِ الأَوَّل وَفِيهِ ذِكْرُ الطَّلاقِ لأَنَّ كَلامَهَا لغَا بِالاشْتِغَال بِمَا لا يَعْنِيهَا فَيَلغُو مَا يُبْتَنى عَليْه.

وَعَنْ الثَّاني بِأَنَّ قَوْلهُ شِئْت طَلاقَك قَدْ يَقْصِدُ وُجُودَهُ ملكًا وَقَدْ يَقْصِدُ وُجُودَهُ وُقُوعًا فَلا بُدَّ مِنْ النِّيَّة لتَعْيِين جِهَة الوُجُود وُقُوعًا (وَقَوْلُهُ إذْ المَشيئَةُ تُنْبِئُ عَنْ الوُجُود) قِيل لأَنَّ المَشيئَةَ فِي الأَصْل مَأْخُوذَةٌ مِنْ الشَّيْءِ وَهُوَ اسْمٌ للمَوْجُود، فَكَانَ قَوْلُهُ شِئْت

بِمَنْزِلَة أَوْجَدْت وَإِيجَادُ الطَّلَاق بإِيقَاعه، بخلاف الإِرَادَة فَإِنَّهَا فِي اللُّغَة عبَارَةٌ عَنْ الطَّلَب، قَال عَلَيْه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**الحُمَّى رَائدُ المَوْت**» أيْ طَالبُهُ، فَإِنْ قيل: ذَهَبَ عُلَمَاؤُنَا فِي أُصُول الدِّينِ إِلى أَنَّ الإِرَادَةَ وَالمَشيئَةَ وَاحدَةٌ فَمَا هَذه التَّفْرقَةُ؟ فَالجَوَابُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا تَفْرقَةٌ بِالنِّسْبَة إِلى العبَادِ وَتَسْويَةٌ بِالنِّسْبَة إِلى اللَّه تَعَالى؛ لأَنَّ مَا شَاءَ اللَّهُ كَائنٌ لا مَحَالَةَ وَكَذَا مَا يُريدُهُ بخلاف العبَاد.

وَقَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا قَالتْ شئْت إِنْ شَاءَ أَبِي) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ التَّعْليقَ بأَمْرٍ كَائنٍ تَنْجيزٌ) قيل لوْ كَانَ كَذَلكَ لكَفَرَ مَنْ قَال هُوَ يَهُوديٌّ إِنْ فَعَل كَذَا وَهُوَ يَعْلمُ أَنَّهُ فَعَلهُ وَليْسَ كَذَلكَ.

وَأُجيبَ بأَنَّ بُطْلانَ الثَّاني مَمْنُوعٌ، وَبَعْدَ التَّسْليمِ نَقُولُ: هَذه الأَلفَاظُ صَارَتْ كنَايَةً عَنْ اليَمينِ بِاللَّه تَعَالى إِذَا حَصَل التَّعْليقُ بهَا بفعْلٍ مُسْتَقْبَلٍ، فَكَذَا إِذَا حَصَل بفعْلٍ فِي المَاضِي تَحَاميًا عَنْ تَكْفيرِ المُسْلمِ.

(وَلو قَال لهَا: أَنتِ طَالقٌ إِذَا شئت أَو إِذَا مَا شئت أَو مَتَى شئت أَو مَتَى مَا شئت فَرَدَّت الأَمرَ لم يَكُن رَدًّا وَلا يَقتَصِرُ عَلى المَجلسِ) أَمَّا كَلمَةُ مَتَى وَمَتَى مَا فَلأَنَّهُمَا للوَقتِ وَهِيَ عَامَّةٌ فِي الأَوقَاتِ كُلِّهَا، كَأَنَّهُ قَال فِي أَيِّ وَقتٍ شئت فَلا يَقتَصِرُ عَلى المَجلسِ بِالإِجمَاعِ، وَلو رَدَّت الأَمرَ لم يَكُن رَدًّا لأَنَّهُ مَلَّكَهَا الطَّلاقَ فِي الوَقتِ الَّذِي شَاءَت فَلم يَكُن تَمليكًا قَبل المَشِيئَةِ حَتَّى يَرتَدَّ بِالرَّدِّ، وَلا تُطَلِّقُ نَفسَهَا إِلا وَاحِدَةً لأَنَّهَا تَعُمُّ الأَزمَانَ دُونَ الأَفعَال فَتَملكُ التَّطليقَ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلا تَملكُ تَطليقًا بَعدَ تَطليقٍ، وَأَمَّا كَلمَةُ إِذَا وَإِذَا مَا فَهُمَا وَمَتَى سَوَاءٌ عِندَهُمَا. وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالى عَليهِ وَإِن كَانَ يُستَعمَلُ للشَّرطِ كَمَا يُستَعمَلُ للوَقتِ لكِنَّ الأَمرَ صَارَ بِيَدِهَا فَلا يَخرُجُ بِالشَّكِّ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ قَال لهَا **أَنْت طَالقٌ إِذَا شئْت** إلخْ) وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (فَلا يَخْرُجُ بالشَّكِّ) يَعْني لوْ نَظَرْنَا إِلى كَوْنه للشَّرْط يَخْرُجُ الأَمْرُ منْ يَدهَا بالقيَام كَمَا فِي قَوْله إِنْ شئْت، وَلوْ نَظَرْنَا إِلى كَوْنه للوَقْت لا يَخْرُجُ فَلا يَخْرُجُ بالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ منْ قَبْلُ) يَعْني فِي فَصْل إِضَافَة الطَّلَاق إِلى الزَّمَان.

(وَلو قَال لهَا: أَنتِ طَالقٌ كُلَّمَا شئت فَلهَا أَن تُطَلِّقَ نَفسَهَا وَاحِدَةً بَعدَ وَاحِدَةٍ حَتَّى

تُطَلِّقَ نَفسَهَا ثَلاثًا) لأنَّ كَلمَةَ كُلَّمَا تُوجِبُ تَكرَارَ الأفعَال إلا أنَّ التَّعليقَ يَنصَرِفُ إلى المِلكِ القَائِمِ (حَتَّى لو عَادَت إليهِ بَعدَ زَوجٍ آخَرَ فَطَلَّقَت نَفسَهَا لم يَقَع شَيءٌ) لأنَّهُ مِلكٌ مُستَحدَثٌ (وَليسَ لهَا أن تُطَلِّقَ نَفسَهَا ثَلاثًا بِكَلمَةٍ وَاحِدَةٍ) لأنَّهَا تُوجِبُ عُمُومَ الانفِرَادِ لا عُمُومَ الاجتِمَاعِ فَلا تَملكُ الإيقَاعَ جُملَةً وَجمعًا (وَلو قَال لهَا: أَنتِ طَالقٌ حَيثُ شِئت أو أينَ شِئت لم تَطلُق حَتَّى تَشَاءَ، وَإِن قَامَت مِن مَجلسِهَا فَلا مَشِيئَةَ لهَا) لأنَّ كَلمَةَ حَيثُ وَأينَ مِن أَسمَاءِ المَكَانِ وَالطَّلاقُ لا تَعَلُّقَ لهُ بِالمَكَانِ فَيَلغُو وَيَبقَى ذِكرُ مُطلقِ المَشِيئَةِ فَيَقتَصِرُ عَلَى المَجلسِ، بِخِلافِ الزَّمَانِ لأنَّ لهُ تَعَلُّقًا بِهِ حَتَّى يَقَعَ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ فَوَجَبَ اعتِبَارُهُ عُمُومًا وَخُصُوصًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَال لَهَا أَنْت طَالقٌ كُلَّمَا شِئْت) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلا تَمْلكُ الإِيقَاعَ جُمْلَةً وَجَمْعًا) قِيل مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ.

وَقِيل الجُمْلَةُ هُوَ أَنْ تَقُول طَلَّقْت نَفْسِي ثَلاثًا، وَالجَمْعُ أَنْ تَقُول طَلَّقْت وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ (وَلوْ قَال أَنْت طَالقٌ حَيْثُ شِئْت) ظَاهِرٌ.

فَإِنْ قِيل: إذَا لغَا ذِكْرُ المَكَان. بَقِيَ قَوْلُهُ أَنْت طَالقٌ شِئْت فَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ الطَّلاقُ فِي الحَال كَمَا لوْ **قَال أَنْت طَالقٌ دَخَلت الدَّار** فَإِنَّهُ يَقَعُ السَّاعَةَ. أُجِيبَ بِأَنَّ حَيْثُ وَأَيْنَ تُفِيدَان ضَرْبًا مِنْ التَّأْخِيرِ، وَحَرْفَ الشَّرْطِ أَيْضًا يُفِيدُ ضَرْبًا مِنْ التَّأْخِيرِ فَيَشْتَرِكَان فِي تَحْقِيقِ مَعْنَى التَّأْخِيرِ فَيُجْعَلان مَجَازًا عَنْ حَرْف الشَّرْط.

فَإِنْ قِيل: إذَا جُعِلا مَجَازًا عَنْ حَرْفِ الشَّرْط لمَاذَا يَبْطُلُ بالقِيَام عَنْ المَجْلس وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بالقِيَامِ عَنْ المَجْلسِ إذَا جُعِلا مَجَازًا عَنْ حَرْف إنْ، وَأَمَّا إذَا جُعِلا مَجَازًا عَنْ كَلمَةِ إذَا أَوْ مَتَى فَلا يَبْطُلُ بالقِيَامِ عَنْهُ فَلمَ لمْ يُجْعَل مَجَازًا عَنْ كَلمَة إذَا أَوْ مَتَى؟

أُجِيبَ بِأَنَّ جَعْلهُمَا مَجَازًا عَنْ إنْ أَوْلى لمَا أَنَّهَا لمَحْضِ الشَّرْط فَكَانَتْ أَصْلا فِي البَابِ، وَالاعْتِبَارُ بالأَصْل أَوْلى مِنْ غَيْرِه، بِخِلاف الزَّمَان لأَنَّ للطَّلاق تَعَلُّقًا به لوُقُوعه فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَان، وَأَمَّا إذَا كَانَ وَاقِعًا فِي مَكَان كَانَ وَاقِعًا فِي جَمِيعِ الأَمْكِنَة فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ: أَيْ اعْتِبَارُ الزَّمَان خُصُوصًا، كَمَا لوْ **قَال أَنْت طَالقٌ غَدًا** أَوْ عُمُومًا كَمَا لوْ **قَال أَنْت طَالقٌ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْت.**

(وَإن قَال لهَا أنتِ طَالقٌ كَيفَ شِئت طَلُقَت تَطليقَةً يَملكُ الرَّجعَة) وَمَعنَاهُ قَبل المَشِيئَةِ، فَإن قَالت: قَد شِئت وَاحِدَةً بَائِنَةً أَو ثَلاثًا وَقَال الزَّوجُ ذَلك نَوَيت فَهُوَ كَمَا قَال، لأنَّ عِندَ ذَلك تَثبُتُ المُطَابَقَةُ بَينَ مَشِيئَتِهَا وَإِرَادَتِه، أَمَّا إذَا أَرَادَت ثَلاثًا وَالزَّوجُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَو عَلى القَلبِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجعِيَّةٌ لأنَّهُ لغَا تَصرُّفُهَا لعَدَمِ المُوَافَقَةِ فَبَقِيَ إيقَاعُ الزَّوجِ وَإن لم تَحضُرهُ النِّيَّةُ تُعتَبَرُ مَشِيئَتُهَا فِيمَا قَالُوا جَريًا عَلى مُوجِبِ التَّخيِيرِ (قَال رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهُ). وَقَال فِي الأصل هَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعِندَهُمَا لا يَقَعُ مَا لم تُوقِع المَرأَةُ فَتَشَاءُ رَجعِيَّةً أَو بَائِنَةً أَو ثَلاثًا) وَعَلى هَذَا الخِلافِ العَتَاقُ لهُمَا أَنَّهُ فَوَّضَ التَّطليقَ إليهَا عَلى أَيِّ صِفَةٍ شَاءَت فَلا بُدَّ مِن تَعليقِ أَصل الطَّلاقِ بِمَشِيئَتِهَا لتَكُونَ لهَا المَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الأحوَال: أَعنِي قَبل الدُّخُول وَبَعدَهُ. وَلأبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كَلمَةَ كَيفَ للاستِيصَافِ، يُقَالُ كَيفَ أَصبَحت وَالتَّفوِيضُ فِي وَصفِهِ يَستَدعِي وُجُودَ أَصلهِ وَوُجُودَ الطَّلاقِ بِوُقُوعِه.

الشرح:

قَال (وَإِنْ قَال أَنْت طَالقٌ كَيْفَ شِئْت) اخْتَلفَ عُلمَاؤُنَا فِيمَا إذَا قَال أَنْت طَالقٌ كَيْفَ شِئْت هَل يَتَعَلَّقُ أَصْلُ الطَّلاق بِمَشِيئَتِهَا أَوْ لا، فَقَال أَبُو حَنِيفَةَ لا يَتَعَلَّقُ بَل تَقَعُ طَلقَةٌ وَاحِدَةٌ وَلا مَشِيئَةَ لهَا إنْ لمْ يَدْخُل بِهَا، وَإِنْ دَخَل بِهَا وَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ وَالمَشِيئَةُ إليْهَا فِي المَجْلسِ بَعْدَ ذَلكَ.

ثُمَّ لا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَنْوِيَ الزَّوْجُ شَيْئًا أَوْ لمْ يَنْوِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي اُعْتُبِرَتْ مَشِيئَتُهَا فِي الكَمِّ وَالكَيْف فِيمَا قَالُوا جَرْيًا عَلى مُوجِب التَّخْيِيرِ. وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ، فَإِنْ اتَّفَقَتْ نِيَّتُهُ وَمَشِيئَتُهَا فَذَاكَ، وَإِنْ اخْتَلفَا بِأَنْ شَاءَتْ بَائِنَةً وَالزَّوْجُ ثَلاثًا أَوْ بِالعَكْسِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَقَالا: لا يَقَعُ شَيْءٌ لا قَبْل الدُّخُول وَلا بَعْدَهُ حَتَّى تَشَاءَ، فَإِنْ شَاءَتْ أَوْقَعَتْ مَا شَاءَتْ مِنْ الرَّجْعِيِّ وَالبَائِنِ وَالثَّلاث لأَنَّهُ فَوَّضَ التَّطْلِيقَ إليْهَا عَلى أَيِّ صِفَة شَاءَتْ؛ لأَنَّ كَلمَةَ كَيْفَ للسُّؤَال عَنْ الحَال مُطْلقًا فَلا بُدَّ مِنْ تَعْليقِ الأَصْل بِمَشِيئَتِهَا لتَثْبُتَ لهَا المَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الأَحْوَال، كَمَا لوْ **قَال أَنْت طَالقٌ إنْ شِئْت أَوْ حَيْثُ شِئْت أَوْ أَيْنَ شِئْت**. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلمَةَ كَيْفَ لطَلب الوَصْف لا لطَلب الأَصْل، يُقَالُ كَيْفَ أَصْبَحْت: أَيْ عَلى أَيِّ وَصْفٍ مِنْ الصِّحَّةِ وَالسَّقَمِ وَغَيْرِ ذَلكَ، فَكَانَ التَّفْوِيضُ

فِي وَصْفِ الطَّلاقِ، وَالتَّفْوِيضُ فِي وَصْفِهِ يَسْتَدْعِي وُجُودَ أَصْلِهِ، وَإِلا لَكَانَ كَيْفَ لِطَلَبِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَوُجُودُ الطَّلاقِ بِوُقُوعِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَهَهُنَا سُؤَالٌ مَشْهُورٌ وَهُوَ أَنَّ الْمَعْقُولَ أَنْ لا يَحْتَاجَ إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ؛ لأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الأَمْرَ إِلَيْهَا وَجَبَ أَنْ تَسْتَقِلَّ بِإِثْبَاتِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا اعْتِبَارًا بِعَامَّةِ التَّفْوِيضَاتِ.

وَجَوَابُهُ أَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهَا حَالَ الطَّلاقِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَ الكَمِّ وَالكَيْفِ: يَعْنِي العَدَدَ وَالبَيْنُونَةَ فَيَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ لِتَعْيِينِ أَحَدِهِمَا. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَجْعَلَ الطَّلاقَ بَائِنًا أَوْ ثَلاثًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ نَاقِلا عَنْ الفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ: وَقَدْ رَاجَعْت الفُحُولَ فِي جَوَابِ هَذَا الإِشْكَالِ فَمَا قَرَعَ سَمْعِي جَوَابُهُ فَيَجِبُ التَّعْوِيلُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لا مُنَاسَبَةَ لِهَذَا التَّفْوِيضِ لِعَامَّةِ التَّفْوِيضَاتِ إِلا فِي كَوْنِهِ تَفْوِيضًا وَذَلِكَ لَيْسَ بِجَامِعٍ لِوُجُودِ الفَارِقِ، وَهُوَ أَنَّ الْمُفَوَّضَ هَهُنَا مُتَنَوِّعٌ دُونَهَا فَيَكُونُ فِي وُجُوبِ التَّعْوِيلِ نَظَرٌ.

تَوْضِيحُهُ أَنَّ الْمُتَأَخِّرَ إِلَى الْمَشِيئَةِ مَا عُلِّقَ بِهَا وَالتَّعْلِيقُ بِالْمَشِيئَةِ إِنَّمَا حَصَلَ بِكَلِمَةِ كَيْفَ لأَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ طَالِقٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْهُ وَهِيَ لا تَعَلُّقَ لَهَا بِالأَصْلِ أَصْلا فَيَكُونُ مُنَجِّزًا أَصْلَ الطَّلاقِ وَمُفَوِّضًا لِوَصْفِهِ الْمُتَنَوِّعِ.

وَتَفْوِيضُ وَصْفِ الشَّيْءِ مُبْهَمًا قَبْلَ وُجُودِ الأَصْلِ مُمْتَنِعٌ إِلا أَنَّ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا لا أَثَرَ لِمَشِيئَةِ الوَصْفِ بَعْدَ وُقُوعِ الأَصْلِ لِعَدَمِ الْمَحَلِّ فَيَلْغُو تَفْوِيضُ الصِّفَةِ إِلَى مَشِيئَتِهَا، وَفِي الْمَوْطُوءَةِ الْمَحَلُّ بَاقٍ بَعْدَ وُجُودِ الأَصْلِ فَلَهَا الْمَشِيئَةُ بَعْدَ وُقُوعِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الخِلافِ العَتَاقُ) يَعْنِي إِذَا **قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ كَيْفَ شِئْت** عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلا حَالَ لِلعِتْقِ يُفَوَّضُ إِلَيْهِ. وَعِنْدَهُمَا لا يَعْتِقُ حَتَّى يَشَاءَ وَإِنَّمَا قَالَ فِي الكِتَابِ (قَالَ فِي الأَصْلِ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ) لأَنَّ مَا أَوْرَدَهُ فِي الأَصْلِ مِنْ مَسَائِلِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ قَوْلِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الرِّوَايَةَ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لا غَيْرُ فَذَكَرَهُ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِنَّمَا هُوَ قَوْلُهُ لا قَوْلُهُمَا بِدَلِيلِ مَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ.

(وَإِن قَالَ لَهَا: أَنتِ طَالِقٌ كَم شِئتِ أَو مَا شِئتِ طَلَّقَت نَفسَهَا مَا شَاءَت) لأَنَّهُمَا

يُستعملانِ للعدَدِ فقَد فوَّضَ إليهَا أيَّ عددٍ شاءَت (فإن قامَت من المَجلسِ بطَل، وإن ردَّت الأمرَ كانَ ردًّا) لأنَّ هَذا أمرٌ واحِدٌ وهُوَ خِطَابٌ في الحَال فيَقتَضِي الجوَابَ فِي الحَال.

الشرح:

(وَإِنْ قَال لَهَا أَنْت طَالِقٌ كَمْ شِئْت أَوْ مَا شِئْت طَلَّقَتْ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ) ذَكَرَ فِي أَصْلِ رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إنْ شَاءَتْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلاثًا مَا لَمْ تَقُمْ مِنْ مَجْلِسِهَا، فَإِنْ قِيل: كَيْفَ يُبَاحُ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلاثًا وَالزَّوْجُ لا يَسَعُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بِقَوْلِه إنْ شَاءَتْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا مَشِيئَةَ القُدْرَةِ لا مَشِيئَةَ الإِبَاحَةِ: يَعْنِي أَنَّهَا تَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ كَقَوْلِه تَعَالَى ﴿ فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ ﴾ [مريم:٢٩] عَلَى أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ الحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذَلِكَ مُبَاحٌ لَهَا فِي التَّخْيِيرِ. وَوَجْهُ الاخْتِصَاصِ اضْطِرَارُهَا، فَإِنَّ التَّفْرِيقَ يُخْرِجُ الأَمْرَ مِنْ يَدِهَا.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمَا يَعْنِي كَمْ وَمَا يُسْتَعْمَلانِ للعَدَدِ فَقَدْ فَوَّضَ إِلَيْهَا أَيَّ عَدَدٍ شَاءَتْ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا فِي " كَمْ " مُسَلَّمٌ، وَأَمَّا فِي " مَا " فَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ للوَقْتِ كَمَا تُسْتَعْمَلُ للعَدَدِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ مَا دُمْتُ حَيًّا ﴾ [الكهف: ٣١] فَقَدْ وَقَعَ الشَّكُّ فِي تَفْوِيضِ العَدَدِ إِلَيْهَا فَلا يَثْبُتُ العَدَدُ بِالشَّكِّ.

أُجِيبَ بِأَنَّ جَانِبَ العَدَدِ مُرَجَّحٌ بِأَصْلٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ هَذَا تَفْوِيضٌ بِمَعْنَى التَّمْلِيكِ لأَنَّهُ تَفْوِيضٌ إلى المَرْأَةِ أَمْرَ نَفْسِهَا وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ أَنْ لَوْ كَانَتْ مَعْمُولَةً بِمَعْنَى العَدَدِ لا بِمَعْنَى الوَقْتِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ فَتَعَارَضَ جِهَتَا التَّرْجِيحِ.

وَالجَوَابُ أَنَّهُ تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ، وَالأَوَّلُ كَالأَصْلِ فَالتَّرْجِيحُ بِهِ أَوْلَى (فَإِنْ قَامَتْ عَنْ المَجْلِسِ بَطَل الأَمْرُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ تَمْلِيكٌ وَالتَّمْلِيكُ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ (وَإِنْ رَدَّتْ الأَمْرَ كَانَ رَدًّا لأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ) إذْ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّكْرَارِ، قِيل هُوَ احْتِرَازٌ عَنْ كُلَّمَا، وَكُلُّ مَا هُوَ أَمْرٌ وَاحِدٌ يَقْتَضِي جَوَابًا وَاحِدًا لِيَكُونَ الجَوَابُ مُطَابِقًا للسُّؤَالِ وَذَلِكَ الجَوَابُ الوَاحِدُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الحَالِ، إذْ لَيْسَ فِي كَلامِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى الوَقْتِ مُرَادًا.

قِيل وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ إذَا وَمَتَى وَالخِطَابُ فِي الحَال يَقْتَضِي الجَوَابَ فِي الحَال لَمَا قُلنَا، فَإِذَا رَدَّتْ الأَمْرَ فَقَدْ حصَل الجَوَابُ فِي الحَال وَلا جَوَابَ بَعْدَهُ لعَدَم التَّكْرَار.

(وَإِن قَالَ لهَا: طَلِّقِي نَفسَك مِن ثَلاثٍ مَا شِئت فَلهَا أن تُطَلِّقَ نَفسَهَا وَاحِدَةً أَو ثِنتَينِ وَلا تُطلِّقَ ثَلاثًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالا: تُطَلِّقُ ثَلاثًا إن شَاءَت) لأَنَّ كَلمَةَ مَا مُحكَمَةٌ فِي التَّعمِيمِ وَكَلمَةَ مَن قَد تُستَعمَلُ للتَّمِييزِ فَحُمِل عَلى تَمييزِ الجِنسِ، كَمَا إذَا قَال: كُل مِن طَعَامِي مَا شِئت أَو طَلِّق مِن نِسَائِي مَن شَاءَت. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلمَةَ مِن حَقِيقَةٌ للتَّبعِيضِ وَمَا للتَّعمِيمِ فَعُمِل بِهِمَا، وَفِيمَا استَشهَدَا بِهِ تَركُ التَّبعِيضِ بِدَلالةِ إظهَارِ السَّمَاحَةِ أَو لعُمُومِ الصِّفَةِ وَهِيَ المَشِيئَةُ، حَتَّى لو قَال: مَن شِئت كَانَ عَلى هَذَا الخِلافِ، وَاللَّهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَإِنْ قَال لهَا طَلِّقِي نَفْسَك مِنْ ثَلاث مَا شِئْت، فَلهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ دُونَ الثَّلاث عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلاثًا (لأَنَّ كَلمَةَ مَا مُحْكَمَةٌ فِي التَّعْمِيمِ وَكَلمَةَ مَنْ قَدْ تَكُونُ للتَّمْيِيزِ) يَعْنِي للبَيَان كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ ﴾ [الحج: ٢٢] وَقَدْ تَكُونُ للتَّبْعِيضِ وَقَدْ تَكُونُ لغَيْرِهِمَا كَمَا عُرِفَ ذَلكَ فَاجْتَمَعَ فِي كَلامه المُحْكَمُ وَالمُحْتَمَلُ فَيُحْمَلُ المُحْتَمَلُ عَلى المُحْكَمِ وَيُجْعَلُ بَيَانًا (كَمَا إذَا قَال **كُل مِنْ طَعَامِي مَا شِئْت أَوْ طَلِّقَ مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ**. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلمَةَ مَنْ حَقِيقَةٌ للتَّبْعِيضِ وَمَا للتَّعْمِيمِ وَالعَمَلُ بِهِمَا مُمْكِنٌ) مِنْ حَيْثُ أَنْ يُجْعَل المُرَادُ بَعْضًا عَامًّا، وَالثِّنْتَان كَذَلكَ لأَنَّهُ بِالنِّسْبَة إلى الوَاحِدَة عَامٌّ وَبِالنِّسْبَة إلى الثَّلاث بَعْضٌ.

فَإِنْ قِيل: فَعَلى هَذَا لا يَتَنَاوَلُ الوَاحِدَ لأَنَّهُ لَيْسَ بِعَامٍّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُ دَلالةً، وَإِذَا كَانَ العَمَلُ بِهِمَا مُمْكِنًا لا يُهْمَلُ أَحَدُهُمَا (وَفِيمَا اُسْتُشْهِدَ بِه تَرْكُ التَّبْعِيضِ) بِدَليلٍ خَارِجِيٍّ (وَهُوَ إظْهَارُ السَّمَاحَة أَوْ لعُمُومِ الصِّفَة وَهِيَ المَشِيئَةُ) فَإِنَّ النَّكِرَةَ إذَا اتَّصَفَتْ بِصِفَة عَامَّة تَعُمُّ لَمَا عُرِفَ وَهَاهُنَا كَذَلكَ (حَتَّى لوْ قَال مَنْ شِئْت كَانَ عَلى الخلاف) قِيل ثُمَّ إنَّهَا إنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا لا يَقَعُ شَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ **المُفَوَّضَ إلَيْهَا الوَاحِدَةُ إذَا طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا لا يَقَعُ**، فَكَذَا الَّتِي **فُوِّضَ إليْهَا ثِنْتَان إذَا طَلَّقَتْ**

نَفْسَهَا ثَلاثًا لا يَقَعُ وَقَدْ مَرَّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الأيمان في الطلاق

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إلى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ مِثلُ أَن يَقُول لامرأَةٍ إن تَزَوَّجتُك فَأَنتِ طَالِقٌ أَو كُلُّ امرأَةٍ أَتزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: لا يَقَعُ لقَولِهِ ﷺ «لا طَلَاقَ قَبل النِّكَاحِ»[1] وَلنَا أَنَّ هَذَا تَصَرُّفُ يَمِينٍ لوُجُودِ الشَّرطِ وَالجَزَاءِ فَلا يُشتَرَطُ لصِحَّتِهِ قِيَامُ الملكِ فِي الحَال لأَنَّ الوُقُوعَ عِندَ الشَّرطِ وَالملكُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ عِندَهُ وَقَبل ذَلكَ أَثَرُهُ المَنعُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالمُتَصَرِّفِ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلى نَفيِ التَّنجِيزِ، وَالحَملُ مَأثُورٌ عَن السَّلفِ كَالشَّعبِيِّ وَالزُّهرِيِّ وَغَيرِهِمَا (وَإِذَا أَضَافَهُ إلى شَرطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرطِ مِثلُ أَن يَقُول لامرأَتِهِ: إن دَخَلت الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ) وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ لأَنَّ المِلكَ قَائِمٌ فِي الحَال، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إلى وَقتِ وُجُودِ الشَّرطِ

الشرح:

(**بَابُ الأَيمَانِ فِي الطَّلَاقِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ تَنْجِيزِ الطَّلَاقِ صَرِيحًا وَكِنَايَةً أَعْقَبَهُ بِذِكْرِ بَيَانِ تَعْلِيقِهِ لِكَوْنِهِ مُرَكَّبًا مِنْ ذِكْرِ الطَّلَاقِ وَالشَّرْطِ، وَالْمُرَكَّبُ مُؤَخَّرٌ عَنْ الْمُفْرَدِ. وَالْيَمِينُ فِي الطَّلَاقِ عِبَارَةٌ عَنْ تَعْلِيقِهِ بِأَمْرٍ بِمَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَى الشَّرْطِ فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ شَرْطٌ وَجَزَاءٌ، سُمِّيَ يَمِينًا مَجَازًا لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى السَّبَبِيَّةِ.

إضَافَةُ مَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ فِي الشَّرْطِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالظِّهَارِ إلَى الْمِلْكِ جَائِزَةٌ سَوَاءٌ كَانَتْ عَلَى الْخُصُوصِ، كَمَا إذَا قَالَ **لِامْرَأَةٍ إنْ تَزَوَّجْتُك فَأَنْتِ طَالِقٌ**، أَوْ عَلَى الْعُمُومِ كَقَوْلِهِ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْهُ فِي الظِّهَارِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَصِحُّ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ**» رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ «أَنَّهُ خَطَبَ امْرَأَةً فَأَبَى أَوْلِيَاؤُهَا أَنْ يُزَوِّجُوهَا مِنْهُ، فَقَالَ: إنْ نَكَحْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلاثًا، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: **لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ**» وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَصَرُّفُ يَمِينٍ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ لا يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ قِيَامُ الْمِلْكِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٨) عن المسور بن مخرمة.

الوُقُوعَ عِنْدَ الشَّرْطِ إِذْ العِلَّةُ لَيْسَتْ بِعِلَّةٍ فِي الحَالِ عِنْدَنَا كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ (وَالملكُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ، وَإِذَا كَانَ مُتَيَقَّنًا بِهِ عِنْدَهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ لِوُجُودِ المُقْتَضِي وَهُوَ العِلَّةُ لِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ كَالملفُوظِ لَدَى الشَّرْطِ، وَانْتِفَاءُ المَانِعِ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ مَنْقُوضٌ بِقَوْلِهِ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ، وَقِيَامُ الملكِ فِي الحَالِ شَرْطٌ لِصِحَّتِهِ وَالجَوَابُ أَنَّ الملكَ مُتَيَقَّنٌ بِهِ عِنْدَ الشَّرْطِ فِي المُتَنَازَعِ فِيهِ فَلا يُحْتَاجُ إِلَى اشْتِرَاطِهِ فِي الحَالِ، بِخِلَافِ صُورَةِ النَّقْضِ فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ فِيهَا ذَلِكَ عَرِيَتْ عَنْ الملكِ ظَاهِرًا لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ فَضْلًا عَنْ التَّيَقُّنِ بِهِ، وَهَذَا جَوَابٌ بِالفَرْقِ وَالمُصَنِّفُ قَائِلٌ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَبْلَ ذَلِكَ) أَيْ وَقَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ أَثَرُهُ المَنْعُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالمُتَصَرِّفِ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَمَحَلُّهُ ذِمَّةُ الحَالِفِ فَلا يَكُونُ شَرْطًا فِي ذَلِكَ الوَقْتِ، وَمَجَالُ الكَلَامِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَاسِعٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَالحَدِيثُ) يَعْنِي مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى نَفْيِ التَّنْجِيزِ، فَإِنَّ المُنَجَّزَ هُوَ الطَّلَاقُ حَقِيقَةً لا المُعَلَّقُ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّهُمْ سَأَلُوهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ كَوْنِ ذَلِكَ طَلَاقًا فَقَالَ «**لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ**» وَلَيْسَ الكَلَامُ فِيهِ، وَإِنَّمَا الكَلَامُ فِي أَنَّ **تَعْلِيقَ الطَّلَاقِ بِالنِّكَاحِ** جَائِزٌ أَوْ لَيْسَ بِجَائِزٍ، وَلَيْسَ فِي الحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِهِ أَوْ إِثْبَاتِهِ (وَالحَمْلُ عَلَى التَّنْجِيزِ مَأْثُورٌ عَنْ السَّلَفِ كَالشَّعْبِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَغَيْرِهِمَا) كَمَكْحُولٍ وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ (وَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ مِثْلَ أَنْ **يَقُولَ لِامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ**، وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ لِأَنَّ الملكَ قَائِمٌ فِي الحَالِ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ الشَّرْطِ) لِأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ الشَّيْءِ عَلَى مَا كَانَ وَهُوَ اسْتِصْحَابُ الحَالِ. لا يُقَالُ: المُحْتَاجُ إِلَيْهِ ثُبُوتُ الملكِ عِنْدَ الشَّرْطِ، وَالاسْتِصْحَابُ حُجَّةٌ دَافِعَةٌ لا مُثْبِتَةٌ؛ لِأَنَّ الاسْتِصْحَابَ لا يَصْلُحُ حُجَّةً لِإِثْبَاتِ مَا لَمْ يَكُنْ وَلَيْسَ الكَلَامُ فِيهِ.

فَيَصِحُّ يَمِينًا أَو إِيقَاعًا (وَلا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلا أَن يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكًا أَو يُضِيفَهُ إِلى مِلكٍ) لِأَنَّ الجزَاءَ لا بُدَّ أَن يَكُونَ ظَاهِرًا لِيَكُونَ مُخِيفًا فَيَتَحَقَّقُ مَعنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَينِ، وَالإِضَافَةُ إِلى سَبَبِ المِلكِ بِمَنزِلَةِ الإِضَافَةِ إِلَيهِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ عِندَ سَبَبِهِ (فَإِن قَالَ لِأَجنَبِيَّةٍ: إِن دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَم تَطلُق) لِأَنَّ الحَالِفَ لَيسَ بِمَالِكٍ وَلا أَضَافَهُ إِلى المِلكِ أَو سَبَبِهِ وَلا بُدَّ مِن وَاحِدٍ مِنهُمَا.

الشرح:

قَوْلُهُ: (فَيَصِحُّ يَمِينًا) يَعْنِي عِنْدَنَا عَلَى مَا مَرَّ (أَوْ إِيقَاعًا) يَعْنِي عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، فَإِنَّ عِنْدَهُ كَوْنَهُ طَلاقًا مُعَلَّقًا لا التَّطْلِيقُ فَكَانَ إِيقَاعًا فِي الحَالِ وَلَكِنْ لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُهُ (وَلا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلاقِ إِلا أَنْ يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكًا) لِلمَحْلُوفِ عَلَيْهِ (أَوْ يُضِيفُهُ إِلَى مِلكٍ لأَنَّ الجَزَاءَ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا) أَيْ غَالِبَ الوُجُودِ (وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ) الأَمْرَيْنِ، أَمَّا أَنَّ الجَزَاءَ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا (فَلِيَكُونَ مُخِيفًا بِوُقُوعِهِ فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ) فَإِنَّ الحَامِلَ عَلَى الحَمْلِ أَوْ المَنْعِ اللَّذَيْنِ عُقِدَ اليَمِينُ لأَجْلِهِمَا هُوَ قُوَّةُ خَوْفِ نُزُولِ الجَزَاءِ، وَالخَوْفُ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الجَزَاءُ غَالِبَ الوُجُودِ عِنْدَ الشَّرْطِ، وَأَمَّا أَنَّ ظُهُورَهُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ الأَمْرَيْنِ فَلأَنَّهُ إِذَا انْعَدَمَ مَا انْعَدَمَ الخَوْفُ فَانْعَدَمَ مَعْنَى اليَمِينِ: أَعْنِي الحَمْلَ أَوْ المَنْعَ (وَالإِضَافَةُ إِلَى سَبَبِ المِلكِ) كَقَوْلِهِ إِنْ اشْتَرَيْتُك فَأَنْتَ حُرٌّ (بِمَنْزِلَةِ الإِضَافَةِ إِلَى المِلكِ) **كَقَوْلِهِ إِنْ مَلَكْتُك فَأَنْتَ حُرٌّ** (لأَنَّهُ) أَيْ الجَزَاءَ (ظَاهِرٌ عِنْدَ سَبَبِهِ) يَعْنِي سَبَبَ المِلكِ (قَوْلُهُ فَإِنْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَا مُهِّدَ مِنْ الأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يُقَدَّرَ تَزَوَّجْتُك حَتَّى يَئُولَ مَعْنَاهُ إِنْ تَزَوَّجْتُك وَدَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالِقٌ صِيَانَةً عَنْ الإِلغَاءِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِعْلَ اليَمِينِ مِمَّا يُذَمُّ بِهِ فَلا يَجُوزُ تَصْحِيحُ قَوْلِهِ عَلَى وَجْهٍ يُؤَدِّي إِلَى مَذَمَّتِهِ، كَذَا قَال عَامَّةُ الشَّارِحِينَ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ التَّعْلِيقَ لَيْسَ بِيَمِينٍ حَقِيقَةً.

وَلَئِنْ كَانَ فَقَدْ يَقَعُ فِيمَا يَكُونُ مَحْمُودًا شَرْعًا، كَمَا إِذَا **قَال إِنْ اشْتَرَيْتُك وَدَخَلت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ** فَإِنَّ لِصَاحِبِ الشَّرْعِ عِنَايَةً بِوُقُوعِ الحُرِّيَّةِ.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَال: المُقَدَّرُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَحْذُوفًا أَوْ مُقْتَضًى، وَلَيْسَ بِمَحْذُوفٍ لأَنَّ المَذْكُورَ لَيْسَ بِمُتَوَقِّفٍ عَلَيْهِ لُغَةً وَلا مُقْتَضًى لأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ المُقَدَّرُ أَحَطَّ رُتْبَةً مِنْ المَذْكُورِ وَأَنْ لا يَتَغَيَّرَ المَذْكُورُ عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِالمُقَدَّرِ، وَالشَّرْطَانِ مُنْتَفِيَانِ، أَمَّا الأَوَّلُ فَظَاهِرٌ لأَنَّ التَّزَوُّجَ أَعْلَى رُتْبَةً مِنْ دُخُولِ الدَّارِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ الشَّرْطَ قَبْلَ التَّصْرِيحِ دُخُولُ الدَّارِ وَحْدَهُ وَبَعْدَهُ التَّزَوُّجُ وَالدُّخُولُ، فَمَا كَانَ شَرْطًا صَارَ بَعْضَهُ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْهِ.

(وَأَلفَاظُ الشَّرطِ إن وَإذَا وَإذَا مَا وَكُلُّ وَكُلمَا وَمَتَى وَمَتَى مَا) لأنَّ الشَّرطَ مُشتَقٌّ مِن العَلامَةِ، وَهَذِهِ الألفَاظُ مِمَّا تَلِيهَا أَفعَالٌ فَتَكُونُ عَلامَاتٍ عَلى الحِنثِ، ثُمَّ كَلمَةُ إن حَرفٌ للشَّرطِ لأنَّهُ ليسَ فِيهَا مَعنَى الوَقتِ وَمَا وَرَاءَهَا مُلحَقٌ بِهَا، وَكَلمَةُ كُلٌّ ليسَت شَرطًا حَقِيقَةً لأنَّ مَا يَلِيهَا اسمٌ وَالشَّرطُ مَا يَتَعَلقُ بِهِ الجَزَاءُ وَالأجزِيَةُ تَتَعَلقُ بِالأفعَالِ إلا أَنَّهُ أُلحِقَ بِالشَّرطِ لتَعَلُّقِ الفِعلِ بِالاسمِ الذِي يَلِيهَا مِثلُ قَولِك كُلُّ عَبدٍ اشتَرَيتُهُ فَهُوَ حُرٌّ. قَال رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُ: (فَفِي هَذِهِ الألفَاظِ إذَا وُجِدَ الشَّرطُ انحَلت وَانتَهَت اليَمِينُ) لأنَّهَا غَيرُ مُقتَضِيَةٍ للعُمُومِ وَالتَّكرَارِ لُغَةً، فَبِوُجُودِ الفِعلِ مَرَّةً يَتِمُّ الشَّرطُ وَلا بَقَاءَ لليَمِينِ بِدُونِهِ.

الشرح:

قَالَ: (**وَأَلفَاظُ الشَّرْطِ**) عَبَّرَ بِأَلفَاظِ الشَّرْطِ وَلَمْ يَقُل حُرُوفَ الشَّرْطِ كَمَا قَال بَعْضُهُمْ لأَنَّ عَامَّتَهَا أَسْمَاءٌ، وَلَمْ يُورِدْ أَحَدَ حَرْفَيْ الشَّرْطِ وَضْعًا وَهُوَ لوْ. قَال فِي النِّهَايَةِ: لأَنَّ كَلمَةَ لوْ تَعْمَلُ عَمَل الشَّرْطِ مَعْنًى لا لفْظًا، وَهَذِهِ الأَلفَاظُ تَعْمَلُ عَمَلهُ لفْظًا وَمَعْنًى، فَإِنَّهَا فِي مَوَاضِعِ الجَزْمِ تَجْزِمُ وَفِي غَيْرِ مَوَاضِعِ الجَزْمِ لزِمَ دُخُولُ الفَاءِ فِي جَزَائِهِنَّ، بِخِلافِ كَلمَةِ لوْ، وَهَذَا لا مَدْخَل لهُ فِي عِلمِ الفِقْهِ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَال: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ التَّعْليقَ يَمِينٌ تُعْقَدُ للحَمْل أَوْ المَنْعِ، وَذَلكَ إنَّمَا يَكُونُ فِي المُسْتَقْبَل، وَلوْ مَوْضُوعَةٌ لامْتِنَاعِ الشَّيْءِ لامْتِنَاعِ غَيْرِهِ فِي المَاضِي فَأَنَّى لهُ مَدْخَلٌ فِي ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الشَّرَطَ مُشْتَقٌّ مِنْ العَلامَةِ) قَال فِي الصِّحَاحِ: الشَّرَطُ بِالتَّحْرِيكِ العَلامَةُ، وَأَشْرَاطُ السَّاعَةِ عَلامَاتُهَا، فَعَلى هَذَا يَكُونُ مَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنْ الشَّرَطِ الذِي هُوَ بِمَعْنَى العَلامَةِ، لأَنَّ المُرَادَ بِالاشْتِقَاقِ هُوَ الاشْتِقَاقُ الكَبِيرُ، وَهُوَ أَنْ تَجِدَ بَيْنَ اللفْظَيْنِ تَنَاسُبًا فِي اللفْظِ وَالمَعْنَى، وَليْسَ بَيْنَ الشَّرَطِ وَالعَلامَةِ تَنَاسُبٌ لفْظِيٌّ فَيُقَدَّرُ ذَلكَ ليَسْتَقِيمَ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الأَلفَاظُ مِمَّا تَليهَا الأَفْعَالُ) يَعْنِي غَيْرَ كَلمَةِ كُلٍّ فَإِنَّهُ يُذْكَرُ فِيمَا يَليهَا اسْمٌ، وَفِي كَلامِهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ اسْتِدْلالٌ عَلى المَوْضُوعَاتِ اللُّغَوِيَّةِ، وَليْسَ ذَلكَ طَرِيقَ مَعْرِفَتِهَا وَإِنَّمَا طَرِيقُ ذَلكَ السَّمَاعُ، وَهَذِهِ الأَلفَاظُ سُمِعَتْ مُسْتَعْمَلةً فِي مَوْضِعِ الشَّرْطِ فَلا حَاجَةَ إلى الاسْتِدْلالِ، وَلئِنْ صَحَّ الاسْتِدْلال فَدَليلُهُ هَهُنَا لا يُفِيدُ مَطْلُوبَهُ لأَنَّ مَطْلُوبَهُ

أنَّ هَذه أَلفَاظُ الشَّرْط وَدَليلُهُ؛ لأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ منْ العَلامَة وَهُوَ مُسلَمٌ عَلى الوَجْه الذي قَرَّرْنَاهُ، وَهَذه الألفَاظُ ممَّا يَليهَا الأَفْعَالُ، وَهَذَا أَيْضًا مُسَلمٌ لكنَّ قَوْلَهُ فَتَكُونُ عَلامَات عَلى الحنْث لَيْسَ بلازم للمُقَدَّمَتَيْنِ المَذْكُورَتَيْن، وَهُوَ ظَاهرٌ وَكَلامُهُ وَاضحٌ.

(إلا فِي كُلمَا فَإِنَّهَا تَقتَضِي تَعمِيمَ الأفعَال) قَال اللهُ تَعَالى ﴿ كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم ﴾ **[النساء: ٥٦].**

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إلا في **كُلمَا فَإِنَّهَا تَقْتَضي تَعْميمَ الأَفْعَال**، قَال اللهُ تَعَالى ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم ﴾

وَمِن ضَرُورَةِ التَّعمِيمِ التَّكرَارُ. قَال (فَإِن تَزَوَّجَهَا بَعدَ زَوجٍ آخَرَ وَتَكَرَّرَ الشَّرطُ لم يَقَع شَيءٌ) لأَنَّ بِاستِيفَاءِ الطَّلقَاتِ الثَّلاثِ المَملُوكَاتِ فِي هَذَا النِّكَاحِ لم يَبقَ الجَزَاءُ وَبَقَاءُ اليَمِينِ بِهِ وَبِالشَّرطِ. وَفِيهِ خِلافُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى وَسَنُقَرِّرُهُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَلو دَخَلت عَلى نَفسِ التَّزَوُّجِ بِأَن قَال: كُلمَا تَزَوَّجت امرَأَةً فَهِيَ طَالقٌ يَحنَثُ بِكُل مَرَّةٍ وَإِن كَانَ بَعدَ زَوجٍ آخَرَ) لأَنَّ انعِقَادَهَا بِاعتِبَارِ مَا يَملكُ عَليهَا مِن الطَّلاقِ بِالتَّزَوُّجِ وَذَلكَ غَيرُ مَحصُورٍ.

الشرح:

(وَمنْ ضَرُورَة التَّعْميمِ التَّكْرَارُ) فيه نَظَرٌ منْ وَجْهَيْن:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عَدَّ كَلمَةَ كُلٌّ منْ أَلفَاظ الشَّرْط وَعنْدَ وُجُود الشَّرْط لَمْ يَنْتَه اليَمينُ، فَإنَّ مَنْ قَال **كُلُّ امْرَأَة أَتَزَوَّجُهَا فَهيَ طَالقٌ فَتَزَوَّجَ امْرَأَةً** طَلُقَتْ، وَلوْ تَزَوَّجَ أُخْرَى طَلُقَتْ كَذَلكَ، فَكَانَ الوَاجبُ أَنْ يَقُول في الاسْتثْنَاء إلا في كُلٌّ وَكُلمَا.

وَالثَّاني: أَنَّهُ قَال وَمنْ ضَرُورَة التَّعْميم التَّكْرَارُ، وَالتَّعْميمُ في كَلمَة كُلٌّ مَوْجُودٌ كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا وَلا تَكْرَار فيه، حَتَّى لوْ تَزَوَّجَ التي طَلُقَتْ ثَانيًا لَمْ يَقَعْ الجَزَاءُ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ شَرْطيَّةَ هَذه الأَلفَاظ إنَّمَا هيَ باعْتبَار مَا يَليهَا منْ الأَفْعَال لأَنَّ الخَطَرَ إنَّمَا يَحْصُلُ باعْتبَاره وَبهَذَا الاعْتبَار قَدْ انْتَهَتْ اليَمينُ، وَلهَذَا لوْ تَزَوَّجَهَا ثَانيًا لَمْ تَطْلُقْ، وَعَدَمُ الانْتهَاء باعْتبَار عُمُوم الأَسْمَاء لَمْ يَنْشَأْ منْ مَنْشَأ الشَّرْط فَلا يَكُونُ مُنَاقضًا. وَعَنْ الثَّاني أَنَّ المُرَادَ بقَوْله وَمنْ ضَرُورَة التَّعْميم تَعْميمُ الأَفْعَال؛ لأَنَّ الكَلامَ فيه، وَالتَّعْميمُ في

الأَفْعَال إِنَّمَا يَكُونُ بِتَجَدُّدِ الأَفْعَال وَهُوَ المُرَادُ بِالتَّكْرَار، فَإِذَا قَال **كُلمَا دَخَلت الدَّار فَأَنْت طَالِقٌ** طَلُقَتْ حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلى الثَّلاثِ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَتَكَرَّرَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ لأَنَّ الجَزَاءَ طَلقَاتُ هَذَا المِلك وَلَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنْهَا، وَبَقَاءُ اليَمِين بِبَقَاءِ الشَّرْط وَالجَزَاء فَإِذَا انْتَفَى الجَزَاءُ يَنْتَفِي الكُلُّ، وَفِيه خِلافُ زُفَرَ وَسَيَجِيءُ (وَلَوْ دَخَلتْ عَلَى نَفْسِ التَّزَوُّجِ بِأَنْ **قَال كُلمَا تَزَوَّجْت امْرَأَةً فَهِيَ طَالِقٌ** يَحْنَثُ بِكُل مَرَّةٍ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ انْعِقَادَهَا بِاعْتِبَارِ مَا يَمْلكُ عَلَيْهَا مِنْ الطَّلاقِ بِالتَّزَوُّجِ) وَهُوَ غَيْرُ مَحْصُورٍ.

قَال: (وَزَوَالُ المِلكِ بَعدَ اليَمِينِ لا يُبطِلُهَا) لأَنَّهُ لم يُوجَد الشَّرطُ فَبَقِيَ وَالجَزَاءُ بَاقٍ لبَقَاءِ مَحلِه فَبَقِيَ اليَمِينُ (ثُمَّ إن وُجِدَ الشَّرطُ فِي مِلكِهِ انحلَت اليَمِينُ وَوَقَعَ الطَّلاقُ) لأَنَّهُ وُجِدَ الشَّرطُ وَالمَحلُّ قَابِلٌ للجَزَاءِ فَيَنزِلُ الجَزَاءُ وَلا تَبقَى اليَمِينُ لِمَا قُلنَا (وَإِن وُجِدَ فِي غَيرِ المِلكِ انحلَت اليَمِينُ) لوُجُودِ الشَّرطِ (وَلم يَقَع شَيءٌ) لانعِدَامِ المَحليَّةِ.

الشرح:

قَال: (وَزَوَالُ المِلك بَعْدَ اليَمِين لا يُبْطِلُهَا) إِذَا **قَال لهَا أَنْت طَالِقٌ إِنْ دَخَلت الدَّارَ ثُمَّ أَبَانَهَا** لَمْ يَبْطُل اليَمِينُ لِمَا مَرَّ أَنَّ بَقَاءَ اليَمِين بِالشَّرْط وَالجَزَاء. وَالفَرْضُ أَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يُوجَدْ فَهُوَ بَاقٍ، وَالجَزَاءُ أَيْضًا بَاقٍ لِبَقَاءِ المَحَل وَهُوَ المَرْأَةُ فَتَبْقَى اليَمِينُ كَمَا كَانَتْ فِي مَحَله وَهِيَ ذِمَّةُ الحَالفِ. فَإِنْ قِيل: سَلمْنَا أَنَّ مَحَل الجَزَاءِ بَاقٍ وَلكِنْ مِنْ شَرْطِ وُقُوعِهِ المِلكُ وَليْسَ بِمَوْجُودٍ. فَالجَوَابُ أَنَّ الكَلامَ ليْسَ فِي الوُقُوعِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي بَقَائِه يَمِينًا وَاليَمِينُ لا يَحْتَاجُ إِلى المِلكِ ابْتِدَاءً بِدَليل جَوَازِ إِنْ تَزَوَّجْتُك فَأَنْت طَالِقٌ، فَفِي البَقَاءِ أَوْلى إِذْ البَقَاءُ أَسْهَلُ مِنْ الابْتِدَاءِ.

ثُمَّ بَعْدَ ذَلكَ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُوجَدَ الشَّرْطُ فِي المِلكِ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا ثَانِيًا ثُمَّ وُجِدَ الشَّرْطُ أَوْ فِي غَيْرِهِ كَمَا إِذَا وُجِدَ قَبْل التَّزَوُّجِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَقَعَ الطَّلاقُ وَانْحَلتْ اليَمِينُ. أَمَّا وُقُوعُ الطَّلاقِ فَلأَنَّ الشَّرْطَ وُجِدَ فِي المِلكِ فَنَزَل الجَزَاءُ المُتَعَلقُ بِه، وَأَمَّا انْحِلالُ اليَمِينِ فَلأَنَّ اللفْظَ لا يَدُلُّ عَلى التَّكْرَارِ فَبِوُجُودِ الشَّرْطِ مَرَّةً انْتَهَتْ اليَمِينُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي انْحَلتْ اليَمِينُ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ لانْعِدَامِ المَحَليَّةِ.

(وَإِن اختَلفَا فِي وُجُودِ الشَّرطِ فَالقَولُ قَولُ الزَّوجِ إِلا أَن تُقِيمَ المَرأَةُ البَيِّنَةَ) لأَنَّهُ

مُتَمَسِّكٌ بِالأصل وَهُوَ عَدَمُ الشَّرطِ، وَلأَنَّهُ يُنكِرُ وُقُوعَ الطَّلاقِ وَزَوَال الِملكِ وَالمرَأةُ تَدَّعِيهِ (فَإِن كَانَ الشَّرطُ لا يُعلمُ إلا مِن جِهَتِهَا فَالقَولُ قَولُهَا فِي حَقِّ نَفسِهَا مِثلُ أَن يَقُول: إن حِضت فَأَنتِ طَالِقٌ وَفُلانَةُ فَقَالت: قَد حِضت طَلُقَت هِيَ وَلم تَطلق فُلانَةُ) وَوَقَعَ الطَّلاقُ استِحسَانًا، وَالقِيَاسُ أَن لا يَقَعَ لأَنَّهُ شَرطٌ فَلا تُصَدَّقُ كَمَا فِي الدُّخُول. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفسِهَا إذ لا يُعلمُ ذَلكَ إلا مِن جِهَتِهَا فَيُقبَلُ قَولُهَا كَمَا قُبِل فِي حَقِّ العِدَّةِ وَالغَشَيَانِ لكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَل هِيَ مُتَّهَمَةٌ فَلا يُقبَلُ قَولُهَا فِي حَقِّهَا.

الشرح:

(وَإِنْ اخْتَلفَا فِي وُجُود الشَّرْطِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ) عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ قَوْلُهُ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلانَةُ) لَيْسَ عَلى ظَاهِرِهِ بَل فِيمَا إذَا كَذَّبَهَا الزَّوْجُ فِي قَوْلها حِضْت، وَأَمَّا إذَا صَدَّقَهَا فَإِنَّهُ يَقَعُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا قُبِل فِي حَقِّ العِدَّة وَالغَشَيَان) أَمَّا قَبُولُهَا فِي العِدَّة فَبِأَنْ تَقُول قَدْ انْقَضَتْ أَوْ لَمْ تَنْقَضِ. وَأَمَّا فِي الغَشَيَان فَيَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ: أَحَدَهُمَا أَنْ تَقُول **المُطَلقَةُ الثَّلاثُ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْت بِزَوْجٍ آخَرَ وَدَخَل بِي الزَّوْجُ الثَّانِي**. وَالثَّانِي أَنْ يُقْبَل قَوْلُهَا فِي حَقِّ حِل الجِمَاعِ وَحُرْمَته بِقَوْلهَا أَنَا طَاهِرٌ أَوْ حَائِضٌ. وَقَوْلُهُ (لكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَل هِيَ مُتَّهَمَةٌ فَلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّهَا) وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّهَا لا تَخْلُو مِنْ الحَيْضِ وَعَدَمه، وَالمَآلُ شُمُولُ طَلاقِهِمَا أَوْ شُمُولُ عَدَمه؛ لأَنَّهَا إنْ كَانَتْ حَاضَتْ فَقَدْ وُجِدَ الشَّرْطُ فَيَقَعُ طَلاقُهُمَا جَمِيعًا، وَإِنْ لَمْ تَحِضْ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ فَلا يَقَعُ طَلاقُ وَاحِدَة مِنْهُمَا. فَأَمَّا أَنْ يُوجَدَ الحَيْضُ فِي حَقِّهَا دُونَ ضَرَّتِهَا فَذَلكَ يَسْتَلزِمُ كَوْنَ الشَّيْءِ مَوْجُودًا وَمَعْدُومًا فِي حَالة وَاحِدَة وَهُوَ مُحَالٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ بِقَوْلهَا حِضْت فِي هَذِهِ الصُّورَة وَصْفَيْنِ مُتَغَايِرَيْنِ: الأَمَانَةَ وَالشَّهَادَةَ، وَرَتَّبَ عَلى ذَلكَ حُكْمَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ بِحَسَبِ اخْتِلاف اقْتِضَائِهِمَا، وَلَيْسَ ذَلكَ بِبِدْعٍ فِي الشَّرْعِ فَإِنَّهُ رَتَّبَ عَلى النِّكَاحِ وَهُوَ أَمْرٌ وَاحِدٌ الحِلَّ للزَّوْجِ وَالحُرْمَةَ لغَيْرِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الحِل وَالحُرْمَةَ لا يَقْتَضِي أَحَدُهُمَا الوُجُودَ وَالآخَرُ العَدَمَ، بِخِلاف مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَالجَوَابُ أَنَّ اقْتِضَاءَ الوُجُودِ وَالعَدَمِ إنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إلى الحَيْضِ نَفْسِهِ، وَلَيْسَ

الكَلامُ فِيهِ لأَنَّهُ أَمْرٌ خَفِيٌّ لا يُطَّلعُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي الأَمْرِ الدَّال عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُهَا حِضْت، وَلَيْسَ ثَمَّةَ اخْتِلافٌ فِي مُقْتَضَى وُجُودِهِ وَعَدَمِه.

وَكَذَلكَ لو قَال: إن كُنت تُحِبِّينَ أَن يُعَذِّبَك اللهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَأَنتِ طَالقٌ وَعَبدِي حُرٌّ فقَالت أُحِبُّهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا لوْ قَال إنْ كُنْت تُحِبِّينَ أَنْ يُعَذِّبَك اللهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ) ظَاهِرٌ.

أَو قَال: (إن كُنت تُحِبِّينِي فَأَنتِ طَالقٌ وَهَذِهِ مَعَك فَقَالت: أُحِبُّك طَلُقَت هِيَ وَلَم يُعتَق العَبدُ وَلا تَطلُقُ صَاحِبَتُهَا) لمَا قُلنَا، وَلا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لأَنَّهَا لشِدَّةِ بُغضِهَا إِيَّاهُ قَد تُحِبُّ التَّخليصَ مِنهُ بِالعَذَابِ، وَفِي حَقِّهَا إن تَعلَقَ الحُكمُ بِإِخبَارِهَا وَإِن كَانَت كَاذِبَةً، فَفِي حَقِّ غَيرِهَا بَقِيَ الحُكمُ عَلَى الأَصل وَهِيَ المَحَبَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا. وَقَوْلُهُ وَلا يَتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إخْبَارُهَا عَنْ مَحَبَّتِهَا تَعْذِيبَ اللهِ إيَّاهَا بِنَارِ جَهَنَّمَ مَقْطُوعٌ بِكَذِبِهِ فَوَجَبَ أَنْ لا يُقْبَل قَوْلُهَا أَصْلا.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لا يَتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لأَنَّهَا لشِدَّة بُغْضِهَا إيَّاهُ قَدْ تُحِبُّ التَّخْلِيصَ مِنْهُ بِالعَذَابِ فَلَمْ يَكُنْ كَذِبُهَا مَقْطُوعًا بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي حَقِّهَا إنْ تَعلَقَ الحُكْمُ بِإِخْبَارِهَا) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا قَال لهَا: إذَا حِضت فَأَنتِ طَالقٌ فَرَأَت الدَّمَ لم يَقَع الطَّلاقُ حَتَّى يَستَمِرَّ بِهَا ثَلاثَةَ أَيَّامٍ) لأَنَّ مَا يَنقَطِعُ دُونَهَا لا يَكُونُ حَيضًا (فَإِذَا تَمَّت ثَلاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمنَا بِالطَّلاقِ مِن حِينِ حَاضَت) لأَنَّهُ بِالامتِدَادِ عُرِفَ أَنَّهُ مِن الرَّحِمِ فَكَانَ حَيضًا مِن الابتِدَاءِ (وَلو قَال لهَا: إذَا حِضت حَيضَةً فَأَنتِ طَالقٌ لم تَطلُق حَتَّى تَطهُرَ مِن حَيضَتِهَا) لأَنَّ الحَيضَةَ بِالهَاءِ هِيَ الكَامِلةُ مِنهَا، وَلهَذَا حُمِل عَليهِ فِي حَدِيثِ الاستِبرَاءِ وَكَمَالُهَا بِانتِهَائِهَا وَذَلكَ بِالطُّهرِ (وَإِذَا قَال: أَنتِ طَالقٌ إذَا صُمت يَومًا طَلُقَت حِينَ تَغِيبَ الشَّمسُ فِي اليَومِ الذِي تَصُومُ) لأَنَّ اليَومَ إذَا قُرِنَ بِفِعلٍ مُمتَدٍّ يُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال إذَا صُمت لأَنَّهُ لم يُقَدِّرهُ بِمِعيَارٍ وَقَد وُجِدَ الصَّومُ بِرُكنِهِ وَشَرطِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِذَا قَال إِذَا حِضْت حَيْضَةً فَأَنْت طَالِقٌ) وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا قَبْلَهُ ظَاهِرٌ، وَمِنْ الفَرْقِ أَنَّهُ لوْ **قَال إِذَا حِضْت فَأَنْت طَالِقٌ وَهَذَا العَبْدُ حُرٌّ** كَانَ حُرًّا مِنْ حِينِ رَأَتْ الدَّمَ حَتَّى كَانَ الأَكْسَابُ لهُ وَكَانَ الطَّلاقُ بِدْعِيًّا. وَقَوْلُهُ وَإِذَا قَال إِذَا حِضْت حَيْضَةً كَانَ الطَّلاقُ سُنِّيًّا لأَنَّهُ لا يَقَعُ إلا بَعْدَ مَا طَهُرَتْ. وَقَوْلُهُ (فِي حَدِيثِ الاسْتِبْرَاءِ) يُرِيدُ بِهِ مَا قَالهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ «**وَلا الحَبَالى حَتَّى يَسْتَبْرِئْنَ بِحَيْضَة** » أَرَادَ بِهِ كَمَال الحَيْضِ وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بِانْتِهَائِهِ بِانْقِطَاعِ الدَّمِ إِذَا كَانَ أَيَّامُهَا عَشَرَةَ أَيَّامٍ، وَبِالانْقِطَاعِ وَالغُسْل أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ إِذَا كَانَتْ أَيَّامُهَا دُونَ العَشَرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَال أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا صُمْت يَوْمًا) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ. وَإِذَا قَال إِذَا صُمْت صَوْمًا فَحُكْمُهُ كَذَلكَ (بِخِلافِ مَا إِذَا قَال إِذَا صُمْت) فَإِنَّهَا إِذَا صَامَتْ سَاعَةً مَقْرُونَةً بِالنِّيَّةِ وَقَعَ الطَّلاقُ لمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

(وَمَن قَال لامرأَتِهِ: إِذَا وَلدت غُلامًا فَأَنتِ طَالقٌ وَاحِدَةً وَإِذَا وَلدت جَارِيَةً فَأَنتِ طَالقٌ ثِنتَين فَوَلدَت غُلامًا وَجَارِيَةً وَلا يَدرِي أَيُّهُمَا أَوَّلُ لزِمَهُ فِي القَضَاءِ تَطليقَةٌ، وَفِي التَّنَزُّهِ تَطليقَتَانِ وَانقَضَت العِدَّةُ بِوَضعِ الحَمل) لأَنَّهَا لو وَلدَت الغُلامَ أَوَّلا وَقَعَت وَاحِدَةٌ وَتَنقَضِي عِدَّتُهَا بِوَضعِ الجَارِيَةِ ثُمَّ لا تَقَعُ أُخرَى بِهِ لأَنَّهُ حَالُ انقِضَاءِ العِدَّةِ، وَلو وَلدَت الجَارِيَةَ أَوَّلا وَقَعَت تَطليقَتَانِ وَانقَضَت عِدَّتُهَا بِوَضعِ الغُلامِ ثُمَّ لا يَقَعُ شَيءٌ آخَرُ بِهِ لمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ حَالُ انقِضَاءِ العِدَّةِ، فَإِذَا فِي حَالٍ تَقَعُ وَاحِدَةٌ وَفِي حَالٍ تَقَعُ ثِنتَانِ فَلا تَقَعُ الثَّانِيَةُ بِالشَّكِّ وَالاحتِمَال، وَالأَولى أَن يُؤخَذَ بِالثِّنتَينِ تَنَزُّهًا وَاحتِيَاطًا، وَالعِدَّةُ مُنقَضِيَةٌ بِيَقِينٍ لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ قَال لامْرَأَتِه إِذَا وَلدْت غُلامًا فَأَنْت طَالقٌ وَاحِدَةً) هَذِه المَسْأَلةُ لا تَخْلو عَنْ أَوْجُه: إِنْ عَلمَ أَنَّ الغُلامَ وَلدَتْهُ أَوَّلا طَلُقَتْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالجَارِيَة، وَلا يَقَعُ شَيْءٌ بَعْدَهُ، وَإِنْ عَلمَ أَنَّ الجَارِيَةَ وُلدَتْ أَوَّلا طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ اخْتَلفَا فَالقَوْلُ للزَّوْجِ لإِنْكَارِهِ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ لمْ يَدْرِ أَيُّهُمَا أَوَّلُ لزِمَهُ فِي القَضَاءِ وَاحِدَةٌ لأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِيَقِينٍ وَفِي الثَّانِيَةِ شَكٌّ، وَفِي التَّنَزُّهِ وَهُوَ التَّبَاعُدُ عَنْ السُّوءِ تَطْلِيقَتَانِ، حَتَّى لوْ كَانَ قَدْ طَلقَهَا

قَبْل هَذَا وَاحِدَةً لا يَطَؤُهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ لاحْتِمَال أَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ ثَلاثًا، وَتَرْكُ وَطْءِ امْرَأَةٍ يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَطَأَ امْرَأَةً مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ (وَالعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ بِيَقِينٍ لِمَا بَيَّنَّا) يُرِيدُ قَوْلَهُ لأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتْ الغُلامَ أَوَّلا إلخْ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ انْقِضَاءَ عِدَّةِ الحَامِلِ بِوَضْعِ الحَمْلِ.

(وَإِن قَالَ لَهَا: إِن كَلمت أَبَا عَمرٍو وَأَبَا يُوسُفَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلاثًا ثُمَّ طَلقَهَا وَاحِدَةً فَبَانَت وَانقضَت عِدَّتُهَا فَكَلمت أَبَا عَمرٍو ثُمَّ تَزَوَّجهَا فَكَلمَت أَبَا يُوسُفَ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلاثًا مَعَ الوَاحِدَةِ الأُولى) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَقَعُ، وَهَذِهِ عَلى وُجُوهٍ: (أَمَّا إِن وُجِدَ الشَّرطَانِ فِي المِلكِ فَيَقَعُ الطَّلاقُ وَهَذَا ظَاهِرٌ، أَو وُجِدَا فِي غَيرِ المِلكِ فَلا يَقَعُ، أَو وُجِدَ الأَوَّلُ فِي المِلكِ وَالثَّانِي فِي غَيرِ المِلكِ فَلا يَقَعُ أَيضًا لأَنَّ الجَزَاءَ لا يَنزِلُ فِي غَيرِ المِلكِ فَلا يَقَعُ) أَو وُجِدَ الأَوَّلُ فِي غَيرِ المِلكِ وَالثَّانِي فِي المِلكِ وَهِيَ مَسأَلَةُ الكِتَابِ الخِلافِيَّةُ. لَهُ اعتِبَارُ الأَوَّلِ بِالثَّانِي إِذ هُمَا فِي حُكمِ الطَّلاقِ كَشَيءٍ وَاحِدٍ. وَلنَا أَنَّ صِحَّةَ الكَلامِ بِأَهلِيَّةِ المُتَكَلمِ، إلا أَنَّ المِلكَ يُشتَرَطُ حَالةَ التَّعلِيقِ لِيَصِيرَ الجَزَاءُ غَالِبَ الوُجُودِ لاستِصحَابِ الحَال فَتَصِحُّ اليَمِينُ وَعِندَ تَمَامِ الشَّرطِ لِيَنزِل الجَزَاءُ لأَنَّهُ لا يَنزِلُ إلا فِي المِلكِ، وَفِيمَا بَينَ ذَلكَ الحَالُ حَالُ بَقَاءِ اليَمِينِ فَيُستَغنَى عَن قِيَامِ المِلكِ إِذ بَقَاؤُهُ بِمَحلِهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إنْ كَلمْت أَبَا عَمْرٍو) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب وَاضِحٌ سِوَى أَلفَاظٍ نَذْكُرُهَا. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّ الطَّلاق كَشَيْءٍ وَاحِدٍ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ إلا بِهِمَا، فَصَارَ الشَّرْطَانِ بِمَنْزِلة شَرْط وَاحِد، وَلوْ كَانَ شَرْطًا وَاحِدًا لمَا وَقَعَ بِدُون المِلك فَكَذَلكَ هَذَا (وَلنَا أَنَّ صِحَّةَ الكَلامِ) أَيْ صِحَّةَ هَذَا الكَلامِ الذي هُوَ اليَمِينُ (بِأَهْلِيَّةِ المُتَكَلمِ) وَهِيَ قَائِمَةٌ بِهِ فَتَكُونُ صِحَّتُهُ قَائِمَةً بِهِ بِأَنْ يَكُونَ مَحَلُّهُ ذِمَّتَهُ وَلا يَحْتَاجُ إلى مِلك، لكِنْ شَرَطْنَا المِلكَ حَالةَ التَّعْليقِ لِيَصِيرَ الجَزَاءُ غَالبَ الوُجُود بِاسْتِصْحَاب الحَال، فَإِنَّ المِلكَ إذَا كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ التَّعْليقِ فَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إلى وَقْت وُجُود الشَّرْط، وَأَمَّا إذَا لمْ يَكُنْ مَوْجُودًا فَليْسَ كَذَلكَ فَلا يَكُونُ مُخِيفًا حَاملا أَوْ مَانِعًا، وَحَالةُ تَمَامِ الشَّرْط لِنُزُول الجَزَاءِ لكَوْنِهِ لا يَنْزِلُ إلا فِي المِلكِ، وَفِيمَا بَيْنَ ذَلكَ مُسْتَغْنًى عَنْهُ، فَلا يُشْتَرَطُ وُجُودُ المِلكِ لأَنَّ اليَمِينَ يَقُومُ بِمَحَلهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ، كَمَا إذَا **عَلقَ طَلاقَهَا بِالشَّرْط فَأَبَانَهَا**

وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَأَتَتْ بِالشَّرْطِ فَإِنَّهَا تَطْلُقُ بالاتِّفَاق، وَلَمْ تَبْطُل اليَمِينُ بِزَوَال الملك فَكَانَ كَالنِّصَاب إِذَا انْتَقَصَ فِي خِلال الحَوْل فَإِنَّهُ لا يَضُرُّ.

(وَإِن قَال لهَا: إن دَخَلت الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلاثًا فطَلقهَا ثِنتَينِ وَتَزَوَّجت زَوجًا آخَرَ وَدَخَل بِهَا ثُمَّ عَادَت إلى الأَوَّل فدَخَلت الدَّارَ طَلُقَت ثَلاثًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالى. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ: هِيَ طَالِقٌ مَا بَقِيَ مِن الطَّلاقِ) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ. وَأَصلُهُ أَنَّ الزَّوجَ الثَّانِيَ يَهدِمُ مَا دُونَ الثَّلاثِ عِندَهُمَا فَتَعُودُ إليهِ بِالثَّلاثِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالى لا يَهدِمُ مَا دُونَ الثَّلاثِ فَتَعُودُ إليهِ مَا بَقِيَ، وَسَنُبَيِّنُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَإِن قَال لهَا: إن دَخَلت الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ ثَلاثًا ثُمَّ قَال لهَا: أَنتِ طَالِقٌ ثَلاثًا فَتَزَوَّجَت غَيرَهُ وَدَخَل بِهَا ثُمَّ رَجَعت إلى الأَوَّل فَدَخَلت الدَّارَ لم يَقَع شَيءٌ) وَقَال زُفَرُ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ: يَقَعُ الثَّلاثُ لأَنَّ الجَزَاءَ ثَلاثٌ مُطلقٌ لإِطلاقِ اللفظِ، وَقَد بَقِيَ حَتَّى وُقُوعِهَا فَتَبقَى اليَمِينُ. وَلنَا أَنَّ الجَزَاءَ طَلقَاتُ هَذَا المِلكِ لأَنَّهَا هِيَ المَانِعَةُ لأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ مَا يَحدُثُ وَاليَمِينُ تُعقَدُ للمَنعِ أَو الحَمل، وَإِذَا كَانَ الجَزَاءُ مَا ذَكَرنَاهُ وَقَد فَاتَ بِتَنجِيزِ الثَّلاثِ المُبطِل للمَحَليَّةِ فَلا تَبقَى اليَمِينُ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا لأَنَّ الجَزَاءَ بَاقٍ لبَقَاءِ مَحَلِه

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ قَال لَهَا إِنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا) مَسْأَلةُ الهَدْمِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ. وَثَمَرَةُ الخِلاف لا تَظْهَرُ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب؛ فَإِنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ وَعَادَتْ إِلَى الزَّوْجِ الأَوَّل ثُمَّ دَخَلتْ الدَّارَ يَقَعُ عَلَيْهَا الثَّلاثُ بالاتِّفَاق. أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّد فَلعَدَمِ الهَدْمِ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا وَإِنْ وُجدَ الهَدْمُ فَبِالدُّخُول فِي الدَّارِ يَقَعُ الثَّلاثُ لأَنَّ الثَّلاثَ مُعَلقَةٌ بِدُخُول الدَّارِ، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا عَلقَ الطَّلقَةَ الوَاحِدَةَ بِدُخُول الدَّارِ ثُمَّ طَلقَهَا طَلقَتَيْنِ وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الأَوَّل فَدَخَلتْ الدَّارَ تَثْبُتُ الحُرْمَةُ الغَليظَةُ عِنْدَ مُحَمَّد لعَدَمِ الهَدْمِ، وَعِنْدَهُمَا لا لتَحَقُّقه **(وَإِنْ قَال لَهَا إِنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالِقٌ ثَلاثًا ثُمَّ قَال لَهَا أَنْت طَالِقٌ ثَلاثًا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ وَدَخَل بِهَا ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى الأَوَّل فَدَخَلتْ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ.**

وَقَال زُفَرُ: يَقَعُ الثَّلاثُ لأَنَّ الجَزَاءَ مُطْلقٌ لإِطْلاقِ اللفْظِ) إِذْ لَمْ يُقَيِّدْ تَطْليقَاتٍ فِي

ملكٍ دُونَ ملكٍ فَلا يَتَقَيَّدُ (قَوْلُهُ وَقَدْ بَقِيَ احْتِمَالُ وُقُوعِهَا) أَيْ بِنكَاحِهَا ثَانِيًا بَعْدَ تَزَوُّجِهَا بِزَوْجٍ آخَرَ (فَتَبْقَى اليَمِينُ) فَإِذَا وُجِدَ المَحَلُّ يَقَعُ الجَزَاءُ (وَلَنَا أَنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا المِلكِ) بِدَلالَةِ الحَالِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا المِلكِ لأَنَّهَا هِيَ المَانِعَةُ؛ إِذْ الظَّاهِرُ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ، وَكُلُّ مَا كَانَ مَانِعًا عَنْ وُجُودِ الشَّرْطِ أَوْ حَامِلا عَلَيْهِ فَهُوَ الجَزَاءُ لأَنَّ اليَمِينَ لِلمَنْعِ أَوْ الحَمْلِ وَهَهُنَا عُقِدَتْ لِلمَنْعِ فَيَكُونُ الجَزَاءُ طَلَقَاتِ هَذَا المِلكِ، وَإِذَا كَانَ الجَزَاءُ ذَلِكَ وَقَدْ فَاتَ بِالتَّنْجِيزِ المُبْطِلِ لِلمَحَلِّيَّةِ فَاتَ اليَمِينُ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ بَقَاءَ اليَمِينِ بِالشَّرْطِ وَالجَزَاءِ وَقَدْ فَاتَ الجَزَاءُ وَالكُلُّ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِهِ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ انْعِقَادَ اليَمِينِ لَوْ انْحَصَرَ فِي المَنْعِ وَالحَمْلِ لَمْ يَصِحَّ أَنْ يُقَالَ إِنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ لأَنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ فِيهِ لا مَنْعٌ وَلا حَمْلٌ لِكَوْنِ الحَيْضِ عَارِضًا سَمَاوِيًّا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الاعْتِبَارَ لِلغَالِبِ الشَّائِعِ دُونَ النَّادِرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ السُّؤَالَ لَمْ يَنْحَصِرْ فِي صُورَةِ الحَيْضِ حَتَّى يَكُونَ نَادِرًا، وَإِنَّمَا هُوَ آتٍ فِي الوِجْدَانِيَّاتِ كَالمَحَبَّةِ وَالكَرَاهَةِ وَالجُوعِ وَغَيْرِهَا.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الشَّرْطُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ هُوَ إِخْبَارُهَا عَنْ ذَلِكَ وَالحَمْلُ وَالمَنْعُ فِيهِ مُتَصَوَّرٌ. وَقَوْلُهُ بِخِلافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ وَقَدْ فَاتَ بِتَنْجِيزِ الثَّلاثِ أَيْ فَاتَ الجَزَاءُ بِتَنْجِيزِ الثَّلاثِ المُبْطِلِ لِلمَحَلِّيَّةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَبَانَهَا بِطَلقَةٍ أَوْ طَلقَتَيْنِ حَيْثُ لا يَفُوتُ الجَزَاءُ لِبَقَاءِ المَحَلِّ، وَلِهَذَا إِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ عَادَتْ بِثَلاثِ طَلقَاتٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الهَدْمِ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا **قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ دَخَلتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَدَخَلَ الدَّارَ** عَتَقَ مَعَ أَنَّهُ بِالبَيْعِ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِليَمِينِ، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الظِّهَارِ فَإِنَّ هَذِهِ المَرْأَةَ لَوْ كَانَ **قَالَ لَهَا زَوْجُهَا إِنْ دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَطَلَّقَهَا ثَلاثًا ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ** كَانَ مُظَاهِرًا مِنْهَا إِنْ دَخَلَتْ الدَّارَ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ العَبْدَ بِصِفَةِ الرِّقِّ كَانَ مَحَلًّا لِلعِتْقِ وَبِالبَيْعِ لَمْ تَفُتْ تِلكَ الصِّفَةُ، حَتَّى لَوْ فَاتَتْ بِالعِتْقِ لَمْ تَبْقَ اليَمِينُ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مَحَلِّيَّةَ الظِّهَارِ لا تَنْعَدِمُ بِالتَّطْلِيقَاتِ الثَّلاثِ لأَنَّ الحُرْمَةَ بِالظِّهَارِ غَيْرُ الحُرْمَةِ بِالطَّلاقِ، فَإِنَّ تِلكَ الحُرْمَةَ حُرْمَةٌ مُتَنَاهِيَةٌ بِوُجُودِ التَّكْفِيرِ وَهَذِهِ بِوُجُودِ الزَّوْجِ الثَّانِي إِلا أَنَّهَا إِنْ دَخَلَتْ الدَّارَ بَعْدَ

التَّطْلِيقَات الثَّلاث إنَّمَا لا يَصِيرُ مُظَاهِرًا لأَنَّ الظِّهَارَ تَشْبِيهُ المُحَللة بالمُحَرَّمَة وَلا حِل بَيْنَهُمَا فِي ذَلكَ الوَقْت وَإِنَّمَا يُوجَدُ بَعْدَ التَّزَوُّجِ بهَا، فَإذَا دَخَلتْ الدَّار حِينَئذ ثَبَتَ الظِّهَارُ.

(وَلو قَال لامرأَتِه: إذَا جَامَعتُك فَأَنتِ طَالقٌ ثَلاثًا فَجَامَعَهَا فَلمَّا التَقَى الخِتَانَانِ طَلُقَت ثَلاثًا، وَإِن لبِثَ سَاعَةً لم يَجِب عَليهِ المَهرُ، وَإِن أَخرَجَهُ ثُمَّ أَدخَلَهُ وَجَبَ عَليهِ المَهرُ) وَكَذَا إذَا قَال لأَمَتِه: إذَا جَامَعتُك فَأَنتِ حُرَّةٌ (وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ أَنَّهُ أَوجَبَ المَهرَ فِي الفَصل الأَوَّل أَيضًا لوُجُودِ الجِمَاعِ بِالدَّوَامِ عَليهِ إلا أَنَّهُ لا يَجِبُ عَليهِ الحَدُّ للاتِّحَادِ) وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الجِمَاعَ إدخَالُ الفَرجِ فِي الفَرجِ وَلا دَوَامَ للإِدخَال، بِخِلافِ مَا إذَا أَخرَجَ ثُمَّ أَولجَ لأَنَّهُ وُجِدَ الإِدخَالُ بَعدَ الطَّلاقِ إلا أَنَّ الحَدَّ لا يَجِبُ بِشُبهَةِ الاتِّحَادِ بِالنَّظَرِ إلى المَجلسِ وَالمَقصُودِ وَإِذَا لم يَجِب الحَدُّ وَجَبَ العُقرُ إذ الوَطءُ لا يَخلُو عَن أَحَدِهِمَا، وَلو كَانَ الطَّلاقُ رَجعِيًّا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِاللبَاثِ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ خِلافًا لمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لوُجُودِ المِسَاسِ، وَلو نَزَعَ ثُمَّ أَولجَ صَارَ مُرَاجِعًا بِالإِجمَاعِ لوُجُودِ الجِمَاعِ، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلوْ قَال لامْرَأَته إذَا جَامَعْتُك فَأَنْت طَالقٌ ثَلاثًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الفَصْل الأَوَّل) يَعْنِي إذَا لمْ يُخرِجْهُ. وَقَوْلُهُ (وُجُودُ الجِمَاعِ بالدَّوَامِ عَليْه) مَعْنَاهُ أَنَّهُ جَعَل الدَّوَامَ عَلى اللبَاث بَعْدَ الدُّخُول بِمَنْزِلة الدُّخُول الابْتِدَائِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَلا دَوَامَ للإِدْخَال) مَعْنَاهُ أَنَّ للدَّوَامِ حُكْمَ الابْتِدَاءِ فِيمَا لهُ دَوَامٌ، وَالجِمَاعُ هُوَ الإِدْخَالُ وَلا دَوَامَ لهُ. وَقَوْلُهُ (وَجَبَ العُقْرُ) قَال فِي دِيوَانِ الأَدَبِ: العُقْرُ مَهْرُ المَرْأَة إذَا وُطِئَتْ بشُبْهَة وَالمُرَادُ به مَهْرُ المثْل، وَبه فَسَّرَ الإِمَامُ العَتَّابِيُّ العُقْرَ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِير. وَقَوْلُهُ لوُجُود المسَاس) إشَارَةٌ إلى أَنَّ هَذَا لهُ حُكْمُ دَوَامِ الجِمَاعِ فَيَكُونُ البَقَاءُ كَابْتِدَاءِ الوُجُود عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَأَمَّا دَوَامُ المِسَاسِ فَهُوَ مَوْجُودٌ بالإِجْمَاعِ، وَعَنْ هَذَا قِيل يَنْبَغِي أَنْ يَصِيرَ مُرَاجِعًا فِي هَذه الصُّورَة عِنْدَ الكُل لوُجُودِ المِسَاسِ بِشَهْوَة.

فَصلٌ فِي الاستِثنَاءِ

الشرح:

(فَصلٌ فِي الاستِثنَاء): الاسْتِثْنَاءُ هُوَ التَّكَلُّمُ بِالبَاقِي بَعْدَ الثُّنْيَا، وَأَلحَقَهُ بِفَصْل

التَّعْليقِ لتَآخيهِمَا فِي كَوْنِهِمَا بَيَانَ التَّغَيِّ. وَلَمَّا كَانَ التَّعْلِيقُ لكَوْنِهِ يَمْنَعُ كُل الكَلامِ أَقْوَى مِنْ الاسْتِثْنَاءِ لأَنَّهُ يَمْنَعُ بَعْضَهُ قَدَّمَهُ عَلى الاسْتِثْنَاءِ.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لامرَأتِهِ: أَنتِ طَالقٌ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى مُتَّصِلا لم يَقَع الطَّلاقُ) لقَولِه ﷺ « مَن حَلفَ بطَلاقٍ أَو عتَاقٍ وَقَال: إن شَاءَ اللهُ تَعَالى مُتَّصِلا بِهِ فَلا حِنثَ عَليهِ»[1] وَلأَنَّهُ أَتَى بِصُورَةِ الشَّرطِ فيَكُونُ تَعليقًا مِن هَذَا الوَجهِ وَإِنَّهُ إعدَامٌ قَبل الشَّرطِ وَالشَّرطُ لا يُعلمُ هَهُنَا فيَكُونُ إعدَامًا مِن الأَصل وَلِهَذَا يُشتَرَطُ أَن يَكُونَ مُتَّصِلا بِهِ بِمَنزِلةِ سَائِرِ الشُّرُوطِ (وَلو سَكَتَ ثَبَتَ حُكمُ الكَلامِ الأَوَّل) فَيَكُونُ الاستِثنَاءُ أَو ذِكرُ الشَّرطِ بَعدَهُ رُجُوعًا عَن الأَوَّل. قَال رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُ:

الشرح:

وَلَمَّا كَانَتْ مَسْأَلةُ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى تَعْليقًا صُورَةً ذَكَرَهَا بِقُرْبٍ مِنْ التَّعْليقِ فِي أَوَّلِ فَصْلِ الاسْتِثْنَاءِ لقُوَّةِ المُنَاسَبَةِ مِنْ حَيْثُ إنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْنَعُ أَوَّل الكَلامِ، أَوْ باعْتِبَارِ أَنَّ اللهَ تَعَالى سَمَّى ذَلكَ اسْتِثْنَاءً قَال ﴿ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴾ [القلم: ١٨] وَاختَلفُوا فِي أَنَّ قَوْلهُ إنْ شَاءَ اللهُ بَعْدَ ذِكْرِ الجُمَل للإِبْطَال أَوْ للتَّعْليقِ؛ فَذَهَبَ أَبو يُوسُفَ إلى الأَوَّل وَمُحَمَّدٌ إلى الثَّاني، وَإِلى هَذَا أَشَارَ المُصَنِّفُ فِي بَابِ الاسْتِثْنَاءِ مِنْ إقْرَارِ هَذَا الكِتَابِ فَقَال: لأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ تَعَالى إمَّا إبْطَالٌ أَوْ تَعْليقٌ، وَسَنَذْكُرُ ثَمرَةَ هَذَا الاخْتِلافِ هُنَالكَ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَإِذَا **قَال لامْرَأَته أَنْت طَالقٌ إنْ شَاءَ اللهُ مُتَّصلا** لَمْ يَقَعْ الطَّلاقُ) لقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « **مَنْ حَلفَ بِطَلاقٍ أَوْ عَتَاقٍ وَقَال إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى مُتَّصلا به لا حِنْثَ عَليْه**».

وَلأَنَّهُ أَتَى بِصُورَةِ الشَّرْطِ) أَيْ بحَرْفِ الشَّرْط صَرِيحًا دُونَ حَقِيقَته؛ لأَنَّ حَقِيقَةَ الشَّرْط عِبَارَةٌ عَمَّا يَكُونُ عَلى خَطَرٍ وَتَرَدُّدٍ وَمَشِيئَةُ اللهِ لَيْسَتْ كَذَلكَ لثُبُوتِهَا قَطْعًا أَوْ انْتفَائِهَا كَذَلكَ، وَمَا هُوَ كَذَلكَ فَهُوَ تَعْليقٌ (فَيَكُونُ تَعْليقًا مِنْ هَذَا الوَجْه) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ (وَالتَّعْليقُ إعْدَامٌ) أَيْ إعْدَامُ العِليَّة قَبْل وُجُودِ الشَّرْطِ وَالشَّرْطُ هَهُنَا غَيْرُ مَعْلُومٍ لنَا أَصْلا (فَيَكُونُ إعْدَامًا مِنَ الأَصْل) فَكَانَ إبْطَالا للكَلامِ (وَلهَذَا يُشْتَرَطُ أَنْ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٦٢)، والترمذي (١٥٣١)، والنسائي (٧٥٥١)، وابن ماجه (٢١٠٥) عن ابن عمر، وانظر نصب الراية (٣/٣٢٩).

يَكُونَ مُتَّصِلا بِهِ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الشُّرُوطِ) لِكَوْنِهِ بَيَانَ تَغْيِيرٍ وَشَرْطُهُ الاتِّصَالُ (فَلَوْ سَكَتَ ثَبَتَ حُكْمُ الكَلامِ الأَوَّلِ) فَيَكُونُ الاسْتِثْنَاءُ أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ بَعْدَهُ رُجُوعًا عَنْ الأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ الاسْتِثْنَاءُ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ (أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

(وَكَذَا إذَا مَاتَت قَبلَ قَولِهِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى) لأنَّ بِالاستِثنَاءِ خَرَجَ الكَلامُ مِن أَن يَكُونَ إيجَابًا وَالمَوتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبطِلِ، بِخِلافِ مَا إذَا مَاتَ الزَّوجُ لأَنَّهُ لم يَتَّصِل بِهِ الاستِثنَاءُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا إذَا مَاتَتْ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لَمْ يَقَعْ الطَّلاقُ يَعْنِي إذَا مَاتَتْ بَعْدَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ قَوْلِهِ إنْ شَاءَ اللهُ لا يَقَعُ الطَّلاقُ لأَنَّ الكَلامَ خَرَجَ بِالاسْتِثْنَاءِ مِنْ أَنْ يَكُونَ إيجَابًا؛ وَإِذَا بَطَلَ الإِيجَابُ بَطَلَ الحُكْمُ.

فَإِنْ قِيلَ: الإِيجَابُ وُجِدَ فِي حَيَاتِهَا وَالاسْتِثْنَاءُ بَعْدَهَا فَيَكُونُ بَاطِلا لِعَدَمِ المَحَلِ؛ وَإِذَا بَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ صَحَّ الإِيجَابُ فَيَقَعُ الطَّلاقُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالمَوْتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبْطِلِ) يَعْنِي أَنَّ الإِيجَابَ لَوْ اتَّصَلَ بِالمَوْتِ بِأَنْ تَمُوتَ قَبْلَ تَمَامِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بَطَلَ. وَأَمَّا المُبْطِلُ وَهُوَ الاسْتِثْنَاءُ أَوْ الشَّرْطُ فَلا يَبْطُلُ لأَنَّ مُبْطِلَ الشَّيْءِ مَا يُنَافِيهِ وَلا مُنَافَاةَ بَيْنَ مُبْطِلٍ وَمُبْطِلٍ، بِخِلافِ المُوجِبِ فَإِنَّ المُبْطِلَ يُنَافِيهِ فَيَرْفَعُهُ (بِخِلافِ مَا إذَا مَاتَ الزَّوْجُ) بَعْدَ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ قَوْلِهِ إنْ شَاءَ اللهُ وَهُوَ يُرِيدُ الاسْتِثْنَاءَ حَيْثُ يَقَعُ الطَّلاقُ لأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الاسْتِثْنَاءُ، وَإِنَّمَا تُعْلَمُ إرَادَتُهُ الاسْتِثْنَاءَ بِقَوْلِهِ قَبْلَ ذَلِكَ إنِّي أُطَلِّقُ امْرَأَتِي وَاسْتَثْنَى.

(وَإِن قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثَلاثًا إلا وَاحِدَةً طَلُقَت ثِنتَينِ، وَإِن قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثَلاثًا إلا ثِنتَينِ طَلُقَت وَاحِدَةً) وَالأَصلُ أَنَّ الاستِثنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعدَ الثُّنيَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَمَعنَاهُ أَنَّهُ تَكَلمَ بِالمُستَثنَى مِنهُ، إذ لا فَرقَ بَينَ قَولِ القَائِلِ لِفُلانٍ عَلَيَّ دِرهَمٌ وَبَينَ قَولِهِ عَشَرَةٌ إلا تِسعَةً فَيَصِحُّ استِثنَاءُ البَعضِ مِن الجُملَةِ لأَنَّهُ يَبقَى التَّكَلُّمُ بِالبَعضِ بَعدَهُ، وَلا يَصِحُّ استِثنَاءُ الكُل مِن الكُل لأَنَّهُ لا يَبقَى بَعدَهُ شَيءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلمًا بِهِ وَصَارِفًا لِلفظِ إليهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الاستِثنَاءُ إذَا كَانَ مَوصُولا بِهِ كَمَا ذَكَرنَا مِن قَبلُ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَفِي

الفَصل الأوَّل المُستَثنَى مِنهُ ثِنتَانِ فَيقَعَانِ وَفِي الثَّانِي وَاحِدَةٌ، فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ وَلو قَالَ: إلا ثَلاثًا يَقَعُ الثَّلاثُ لأَنَّهُ استِثنَاءُ الكُل مِن الكُل فَلم يَصِحِّ الاستِثنَاءُ، وَاَللهُ تَعَالى أعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِنْ قَال **أَنْت طَالِقٌ ثَلاثًا إلا وَاحِدَةً** طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَال إلا ثِنْتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَةً) وَفِي ذِكْرِ المِثَالَيْنِ إشَارَةٌ إلى أَنَّ اسْتِثْنَاءَ القَلِيل وَالكَثِيرِ سَوَاءٌ، خلافًا للفرَّاء فَإِنَّهُ لا يُجَوِّزُ الأَكْثَرَ وَيَدَّعِي أَنَّهُ لَمْ يَتَكَلَمْ بِهِ العَرَبُ (وَالأَصْلُ أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِل بَعْدَ الثُّنْيَا) أَيْ بِمَا بَقِيَ مِنْ المُسْتَثْنَى مِنْهُ بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل مَنْ يَقُولُ إنَّهُ إخْرَاجٌ بِطَرِيقِ المُعَارَضَة، وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفقْه، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُقَال لفُلان عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَأَنْ يُقَال عَشَرَةٌ إلا تِسْعَةً، فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ البَعْضِ قَليلا كَانَ أَوْ كَثِيرًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ الجُمْلة لبَقَاءِ التَّكَلُّمِ بِالبَعْضِ بَعْدَهُ (وَلا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الكُل مِنْ الكُل) مِثْل أَنْ يَقُول عَشَرَةٌ إلا عَشَرَةً لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الاسْتِثْنَاء شَيْءٌ (يَصِيرُ مُتَكَلمًا بِهِ وَصَارِفًا للفْظِ إليْه) فَبَقِيَ كَلامُهُ الأَوَّلُ كَمَا كَانَ وَيَقَعُ الثَّلاثُ، وَقَدْ ظَنَّ بَعْضُ أَصْحَابنَا أَنَّ الاسْتِثْنَاءَ رُجُوعٌ وَالرُّجُوعُ عَنْ الطَّلاقِ بَاطِلٌ فَلذَلكَ لَمْ يَصِحَّ، وَليْسَ كَذَلكَ لَمَا أَنَّهُ أَبْطَل اسْتِثْنَاءَ الكُل فِي الوَصِيَّة مَعَ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَحْتَملُ الرُّجُوعَ، وَذَكَرَ المُصَنِّفُ فِي زِيَادَاته أَنَّ اسْتِثْنَاءَ الكُل مِنْ الكُل إنَّمَا لا يَصِحُّ إذَا كَانَ بِعَيْنِ ذَلكَ اللفْظ، وَأَمَّا إذَا اسْتَثْنَى بِغَيْرِ ذَلكَ اللفْظ فَيَصِحُّ وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَاءُ الكُل مِنْ الكُل مِنْ حَيْثُ المَعْنَى، فَإِنَّهُ لوْ قَال **كُلُّ نِسَائِي طَوَالِقُ إلا كُل نِسَائِي** لا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ بَل يَطْلُقْنَ كُلُّهُنَّ.

وَلوْ قَال **كُلُّ نِسَائِي طَوَالِقُ إلا زَيْنَبَ وَعَمْرَةَ وَبَكْرَةَ وَسَلمَى** لا تَطْلُقُ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ وَإِنْ كَانَ هُوَ اسْتِثْنَاءُ الكُل مِنْ الكُل، وَهَذَا لأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ تَصَرُّفٌ لفْظِيٌّ فَيَصِحُّ فِيمَا صَحَّ فِيه اللفْظُ، فَلمَّا اسْتَثْنَى الجُزْءَ مِنْ الكُل صَحَّ لفْظًا فَكَذَا فِيمَا بَقِيَ، إذْ لوْ كَانَ الاسْتِثْنَاءُ يَتْبَعُ الحُكْمَ الشَّرْعِيَّ لَمَا صَحَّ فِي قَوْله أَنْتِ طَالقٌ عَشَرَةً إلا تِسْعَةً لَمَا أَنَّهُ لا مَزِيدَ عَلى الثَّلاث شَرْعًا وَهُوَ صَحِيحٌ بِلا خلاف.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَصِحُّ إذَا كَانَ مَوْصُولا بِهِ) ظَاهِرٌ، وَاَللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

باب طلاق المريض

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا فَمَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ وَرِثَتهُ، وَإِن مَاتَ بَعدَ انقِضَاءِ العِدَّةِ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَرِثُ فِي الوَجهَينِ لأَنَّ الزَّوجِيَّةَ قَد بَطَلَت بِهَذَا العَارِضِ وَهِيَ السَّبَبُ وَلِهَذَا لا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَت. وَلَنَا أَنَّ الزَّوجِيَّةَ سَبَبُ إِرثِهَا فِي مَرَضِ مَوتِهِ وَالزَّوجُ قَصَدَ إِبطَالَهُ فَيُرَدُّ عَلَيهِ قَصدُهُ بِتَأخِيرِ عَمَلِهِ إِلَى زَمَانِ انقِضَاءِ العِدَّةِ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهَا، وَقَد أَمكَنَ لأَنَّ النِّكَاحَ فِي العِدَّةِ يَبقَى فِي حَقِّ بَعضِ الآثَارِ فَجَازَ أَن يَبقَى فِي حَقِّ إِرثِهَا عَنهُ، بِخِلَافِ مَا بَعدَ الانقِضَاءِ لأَنَّهُ لا إِمكَانَ، وَالزَّوجِيَّةُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ لَيسَت بِسَبَبٍ لإِرثِهِ عَنهَا فَتَبطُلُ فِي حَقِّهِ خُصُوصًا إِذَا رَضِيَ بِهِ.

الشرح:

(**بَابُ طَلاقِ المَرِيضِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ طَلاقِ الصَّحِيحِ سُنِّيًّا وَبِدْعِيًّا صَرِيحًا وَكِنَايَةً تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كُلًّا وَجُزْءًا شَرَعَ فِي بَيَانِ طَلاقِ المَرِيضِ مُتَعَرِّضًا لِبَعْضِ مَا ذُكِرَ إِذْ المَرَضُ مِنْ العَوَارِضِ السَّمَاوِيَّةِ فَأَخَّرَ بَيَانَهُ عَنْ بَيَانِ حُكْمِ مَنْ بِهِ الأَصْلُ وَهُوَ الصِّحَّةُ (**وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ**) وَهَذَا يُسَمَّى طَلاقَ الفَارِّ. وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَنْ **أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا وَهِيَ مِمَّنْ تَرِثُهُ ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ** وَرِثَتْهُ خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ. قَيَّدَ بِالإِبَانَةِ لأَنَّ الطَّلاقَ إِذَا كَانَ رَجْعِيًّا كَانَ تَوْرِيثُهَا مِنْهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ مِنْ كُلِ وَجْهٍ لا بِاعْتِبَارِ الفِرَارِ.

وَقَيَّدَ بِمَرَضِ مَوْتِهِ لأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا بَائِنًا فِي مَرَضٍ فَصَحَّ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ لا تَرِثُ، وَبِغَيْرِ الرِّضَا لأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِرِضَاهَا لا تَرِثُهُ وَمِمَّنْ تَرِثُهُ، لأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً لا تَرِثُ وَبِالمَوْتِ فِي العِدَّةِ لأَنَّهَا إِنْ مَاتَتْ بَعْدَ انْقِضَائِهَا لَمْ تَرِثْ خِلافًا لِمَالِك، وَحُكْمُ الفِرَارِ كَمَا ثَبَتَ مِنْ جَانِبِهِ يَثْبُتُ مِنْ جَانِبِهَا كَمَا إِذَا ارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ فَإِنَّهُ يَرِثُهَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَرِثُ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ وَبَعْدَهَا لأَنَّ سَبَبَ إِرْثِهَا مِنْهُ الزَّوْجِيَّةُ وَالزَّوْجِيَّةُ قَدْ بَطَلَتْ بِهَذَا العَارِضِ وَهُوَ الطَّلاقُ (وَلِهَذَا لا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ. وَلَنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ سَبَبُ إِرْثِهَا مِنْهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَالزَّوْجُ قَصَدَ إِبْطَالَ هَذَا السَّبَبِ) بِالطَّلاقِ وَهُوَ أَيْضًا ظَاهِرٌ (فَيُرَدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ بِتَأْخِيرِ عَمَلِهِ) أَيْ عَمَلِ الطَّلاقِ (إِلَى زَمَانِ انْقِضَاءِ العِدَّةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا) فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ سَبَبُ تَأْخِيرِ العَمَلِ

دَفْعَ الضُّرِّ عَنْهَا وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَ فِي ذَلِكَ الْمَوْطُوءَةُ وَغَيْرُهَا وَمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ وَمَا بَعْدَهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَقَدْ أَمْكَنَ) يَعْنِي إِنَّمَا يَصِحُّ تَوْرِيثُهَا مِنْهُ إِذَا أَمْكَنَ تَأْخِيرُ عَمَلِ الطَّلَاقِ لِيَكُونَ السَّبَبُ وَهُوَ النِّكَاحُ قَائِمًا، وَقَدْ أَمْكَنَ ذَلِكَ إِلَى زَمَانِ انْقِضَاءِ العِدَّةِ لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي العِدَّةِ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الآثَارِ مِنْ حُرْمَةِ التَّزَوُّجِ وَحُرْمَةِ الخُرُوجِ وَالبُرُوزِ وَحُرْمَةِ نِكَاحِ الأُخْتِ وَحُرْمَةِ نِكَاحِ أَرْبَعَةٍ سِوَاهَا، فَجَازَ أَنْ يَبْقَى فِي حَقِّ إِرْثِهَا مِنْهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَوْطُوءَةِ وَمَا بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ فِيهِ غَيْرُ مُمْكِنٍ لِعَدَمِ بَقَاءِ النِّكَاحِ أَصْلًا.

وَقَوْلُهُ (وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ مَرِيضًا لَا يَتَعَلَّقُ لَهُ حَقٌّ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ لِكَوْنِهَا صَحِيحَةً فَلَا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، إِمَّا لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا، وَإِمَّا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحِرْمَانِهَا عَنْ الإِرْثِ حَيْثُ أَقْدَمَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ النِّكَاحُ قَائِمًا بِوَجْهٍ مِنْ الوُجُوهِ (وَقَوْلُهُ فَتَبْطُلَ فِي حَقِّهِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ بِالنَّصْبِ لِأَنَّهُ جَوَابُ النَّفْيِ. وَقَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِالرَّفْعِ لَا غَيْرُ، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا وَجْهٌ خَلَا قَوْلَهُ لَا غَيْرُ فَإِنَّهُ لَا وَجْهَ لَهُ.

(وَإِن طَلَقَهَا ثَلَاثًا بِأَمرِهَا أَو قَالَ لَهَا اختَارِي فَاختَارَت نَفسَهَا أَو اختَلَعَت مِنهُ ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَم تَرِثهُ) لِأَنَّهَا رَضِيَت بِإِبطَالِ حَقِّهَا وَالتَّاخِيرِ لِحَقِّهَا. وَإِن قَالَت طَلِّقنِي لِلرَّجعَةِ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَرِثَتهُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجعِيَّ لَا يُزِيلُ النِّكَاحَ فَلَم تَكُن بِسُؤَالِهَا رَاضِيَةً بِبُطلَانِ حَقِّهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ طَلَّقَهَا بِأَمْرِ) هَا ظَاهِرٌ. قِيلَ سُؤَالُهَا لِلطَّلَاقِ لَا يَرْبُو عَلَى قَوْلِهَا أَسْقَطْت مِيرَاثِي مِنْ فُلَانٍ وَثَمَّةَ لَا يَسْقُطُ. أُجِيبَ بِأَنَّ المِيرَاثَ لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ مَقْصُودًا، وَلَكِنْ سَبَبُهُ وَهُوَ الزَّوْجِيَّةُ يَحْتَمِلُ الرَّفْضَ، فَإِذَا لَمْ تَرْضَ بِرَفْضِهَا جَعَلْنَاهَا قَائِمَةً فِي حَقِّهَا حُكْمًا، وَإِذَا رَضِيَتْ حَكَمْنَا بِارْتِفَاضِهَا فَيَسْقُطُ الإِرْثُ ضِمْنًا لَهُ، وَكَمْ مِنْ حُكْمٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا، وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا لِأَنَّهُ دَلِيلُ الرِّضَا بِالفُرْقَةِ، وَبِالخُلْعِ قَدْ التَزَمَتْ المَالَ لِتَحْصُلَ لَهَا الفُرْقَةُ وَهُوَ أَدَلُّ عَلَى الرِّضَا بِهَا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ كُنْت طَلَّقْتُك ثَلَاثًا فِي صِحَّتِي وَانْقَضَتْ عِدَّتُك

فَصَدَّقَتْهُ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ وَمِنْ المِيرَاثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ وَوَصِيَّتُهُ. وَإِنْ طَلَقَهَا ثَلاثًا فِي مَرَضِهِ بِأَمْرِهَا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ وَمِنْ المِيرَاثِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) إلا عَلَى قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ فَإِنَّ لَهَا جَمِيعَ مَا أَوْصَى وَمَا أَقَرَّ بِهِ، لأَنَّ المِيرَاثَ لَمَّا بَطَلَ بِسُؤَالِهَا زَالَ المَانِعُ مِنْ صِحَّةِ الإِقْرَارِ وَالوَصِيَّةِ.

وَجهُ قَولِهِمَا فِي المَسأَلَةِ الأُولى أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلاقِ وَانقِضَاءِ العِدَّةِ صَارَت أَجنَبِيَّةً عَنهُ حَتَّى جَازَ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَ أُختَهَا فَانعَدَمَت التُّهمَةُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ تُقبَلُ شَهَادَتُهُ لَهَا وَيَجُوزُ وَضعُ الزَّكَاةِ فِيهَا، بِخِلافِ المَسأَلَةِ الثَّانِيَةِ لأَنَّ العِدَّةَ بَاقِيَةٌ وَهِيَ سَبَبُ التُّهمَةِ، وَالحُكمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهمَةِ وَلِهَذَا يُدَارُ عَلَى النِّكَاحِ وَالقَرَابَةِ، وَلا عِدَّةَ فِي المَسأَلَةِ الأُولى وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي المَسأَلَتَينِ أَنَّ التُّهمَةَ قَائِمَةٌ لأَنَّ المَرأَةَ قَد تَختَارُ الطَّلاقَ لِيَنفَتِحَ بَابُ الإِقرَارِ وَالوَصِيَّةِ عَلَيهَا فَيَزِيدَ حَقُّهَا، وَالزَّوجَانِ قَد يَتَوَاضَعَانِ عَلَى الإِقرَارِ بِالفُرقَةِ وَانقِضَاءِ العِدَّةِ لِيَبَرَّهَا الزَّوجُ بِمَالِهِ زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا وَهَذِهِ التُّهمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَرَدَدنَاهَا، وَلا تُهمَةَ فِي قَدرِ المِيرَاثِ فَصَحَّحنَاهُ، وَلا مُوَاضَعَةَ عَادَةً فِي حَقِّ الزَّكَاةِ وَالتَّزَوُّجِ وَالشَّهَادَةِ، فَلا تُهمَةَ فِي حَقِّ هَذِهِ الأَحكَامِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضِهِ) فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَالَّتِي بَعْدَهَا يَجِبُ الأَقَلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجِبُ مَا أَقَرَّ وَأَوْصَى بَالِغًا مَا بَلَغَ فِيهِمَا عِنْدَ زُفَرَ، وَقَوْلُهُمَا فِي الأُولَى كَقَوْلِ زُفَرَ، وَفِي الثَّانِيَةِ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالَ زُفَرُ (وَالمِيرَاثُ لَمَّا بَطَلَ بِسُؤَالِهَا أَوْ تَصْدِيقِهَا زَالَ المَانِعُ مِنْ صِحَّةِ الإِقْرَارِ وَالوَصِيَّةِ) وَإِذَا زَالَ المَانِعُ يَعْمَلُ المُقْتَضَى عَمَلَهُ. وَ (وَجْهُ قَوْلِهِمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلاقِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً فَانْعَدَمَتْ التُّهْمَةُ) وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ أَلا تَرَى. وَقَوْلُهُ وَهِيَ سَبَبُ التُّهْمَةِ) أَيْ العِدَّةُ سَبَبُ تُهْمَةِ إِيثَارِ الزَّوْجِ الزَّوْجَةَ عَلَى سَائِرِ الوَرَثَةِ بِزِيَادَةِ نَصِيبِهَا كَمَا فِي حَقِيقَةِ الزَّوْجِيَّةِ (وَالحُكْمُ) وَهُوَ عَدَمُ صِحَّةِ الإِقْرَارِ وَالوَصِيَّةِ (يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهْمَةِ وَلِهَذَا يُدَارُ) الحُكْمُ المَذْكُورُ (عَلَى النِّكَاحِ وَالقَرَابَةِ) حَيْثُ لا يَجُوزُ وَصِيَّتُهُ وَلا إِقْرَارُهُ لِمَنْكُوحَتِهِ وَذَوِي قَرَابَتِهِ.

وَتَحْقِيقُ هَذَا أَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَخْتَارُ الطَّلاقَ لِيَنْفَتِحَ عَلَيْه بَابُ الوَصِيَّةِ وَالإِقْرَارِ، وَكَذَا قَدْ يَتَوَاضَعُ مَعَ بَعْضِ قَرَابَتِه بِدَيْنٍ إِيثَارًا لهُ عَلى غَيْرِه، وَلكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطَنٌ وَلهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ النِّكَاحُ وَالقَرَابَةُ فَأَقَامَهُ الشَّرْعُ مَقَامَهُ وَلَمْ يُجَوِّزْ الإِقْرَارَ وَالوَصِيَّةَ لِمَنْكُوحَتِه وَقَرِيبِه، فَكَذَا فِي الْمُعْتَدَّةِ لأَنَّ العِدَّةَ مِنْ أَسْبَابِ التُّهْمَةِ (وَلا عِدَّةَ فِي المَسْأَلَةِ الأُولى) لِتَصَادُقِهِمَا عَلى انْقِضَائِهَا. وَفِي عِبَارَتِه تَسَامُحٌ لأَنَّ ذِكْرَ أَنَّ العِدَّةَ سَبَبُ التُّهْمَةِ ثُمَّ جَعْلَهُ دَلِيلَ التُّهْمَةِ، وَإِقَامَةَ الشَّيْءِ مَقَامَ غَيْرِه إِقَامَةَ السَّبَبِ الدَّاعِي مَقَامَ المَدْعُوِّ، وَإِقَامَةَ الدَّلِيلِ مَقَامَ المَدْلُولِ فَهُمَا قِسيمَانِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ فِي المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ لأَنَّ المَرْأَةَ قَدْ تَخْتَارُ الطَّلاقَ لِيَنْفَتِحَ بَابُ الإِقْرَارِ وَالوَصِيَّةِ عَلَيْهَا فَيَزِيدُ حَقُّهَا، وَالزَّوْجَانِ قَدْ يَتَوَاضَعَانِ عَلى الإِقْرَارِ بِالفُرْقَةِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ لِيَبَرَّهَا الزَّوْجُ بِمَالِه زِيَادَةً عَلى مِيرَاثِهَا، وَهَذِه التُّهْمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَرَدَدْنَاهَا، وَلا تُهْمَةَ فِي قَدْرِ المِيرَاثِ فَصَحَّحْنَاهُ) وَقَوْلُهُ (وَلا مُوَاضَعَةَ عَادَةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا أَلا تَرَى أَنَّهُ يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ لَهَا وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: (وَمَن كَانَ مَحصُورًا أَو فِي صَفِّ القِتَالِ فَطَلَّقَ امرَأَتَهُ ثَلاثًا لَم تَرِثهُ، وَإِن كَانَ قَد بَارَزَ رَجُلا أَو قُدِّمَ لِيُقتَلَ فِي قِصَاصٍ أَو رَجمٍ وَرِثَت إِن مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجهِ أَو قُتِلَ) وَأَصلُهُ مَا بَيَّنَّا أَنَّ امرَأَةَ الفَارِّ تَرِثُ استِحسَانًا، وَإِنَّمَا يَثبُتُ حُكمُ الفِرَارِ بِتَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَرَضٍ يُخَافُ مِنهُ الهَلاكُ غَالِبًا كَمَا إِذَا كَانَ صَاحِبَ الفِرَاشِ وَهُوَ أَن يَكُونَ بِحَالٍ لا يَقُومُ بِحَوَائِجِهِ كَمَا يَعتَادُهُ الأَصِحَّاءُ، وَقَد يَثبُتُ حُكمُ الفِرَارِ بِمَا هُوَ فِي مَعنَى المَرَضِ فِي تَوَجُّهِ الهَلاكِ الغَالِبِ، وَمَا يَكُونُ الغَالِبُ مِنهُ السَّلامَةَ لا يَثبُتُ بِهِ حُكمُ الفِرَارِ، فَالمَحصُورُ وَالَّذِي فِي صَفِّ القِتَالِ الغَالِبُ مِنهُ السَّلامَةُ لأَنَّ الحِصنَ لِدَفعِ بَأسِ العَدُوِّ وَكَذَا المَنَعَةُ فَلا يَثبُتُ بِهِ حُكمُ الفِرَارِ، وَالَّذِي بَارَزَ أَو قُدِّمَ لِيُقتَلَ الغَالِبُ مِنهُ الهَلاكُ فَيَتَحَقَّقُ بِهِ الفِرَارُ وَلِهَذَا أَخَوَاتٌ تَخرُجُ عَلى هَذَا الحَرفِ، وَقَولُهُ إِذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجهِ أَو قُتِلَ دَلِيلٌ عَلى أَنَّهُ لا فَرقَ بَينَ مَا إِذَا مَاتَ بِذَلِكَ السَّبَبِ أَو بِسَبَبٍ آخَرَ كَصَاحِبِ الفِرَاشِ بِسَبَبِ المَرَضِ إِذَا قُتِلَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ مَحْصُورًا أَوْ فِي صَفِّ القِتَالِ) هَذَا لِبَيَانِ أَنَّ حُكْمَ الفِرَارِ غَيْرُ مُنْحَصِرٍ فِي المَرَضِ بَل كُلُّ شَيْءٍ يُقَرِّبُهُ إِلى الهَلاكِ غَالِبًا فَهُوَ فِي مَعْنَى مَرَضِ المَوْتِ؛ لأَنَّ

مَرَضَ المَوْتِ هُوَ الذي يُخَافُ مِنْهُ الهَلاكُ غَالبًا فَكَانَا فِي المَعْنَى سَوَاءً، وَفَسَّرَ المَرَضَ الذي يُخَافُ مِنْهُ الهَلاكُ غَالبًا أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ فِرَاشٍ، وَفَسَّرَهُ بِمَنْ يَكُونُ بِحَالٍ لا يَقُومُ بِحَوَائِجِه كَالأَصِحَّاءِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا أَخَوَاتٌ تَخْرُجُ عَلَى هَذَا) مِنْهَا رَاكِبُ السَّفِينَةِ بِمَنْزِلَةِ الصَّحِيحِ، فَإِنْ تَلاطَمَتْ الأَمْوَاجُ وَخِيفَ الغَرَقُ صَارَ كَالمَرِيضِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ.

وَمِنْهَا المَرْأَةُ الحَامِلُ فَإِنَّهَا كَالصَّحِيحَةِ فَإِذَا أَخَذَهَا الطَّلْقُ فَهِيَ كَالمَرِيضَةِ. وَمِنْهَا المُقْعَدُ وَالمَفْلُوجُ مَا دَامَ يَزْدَادُ مَا بِهِ فَهُوَ كَالمَرِيضِ، فَإِنْ صَارَ بِحَيْثُ لا يَزْدَادُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الصَّحِيحِ فِي الطَّلاقِ وَغَيْرِهِ لأَنَّهُ مَا دَامَ يَزْدَادُ فِي عِلَّتِهِ فَالغَالِبُ أَنَّ آخِرَهُ المَوْتُ، وَإِذَا صَارَ بِحَالٍ لا يَزْدَادُ فَلا يَخَافُ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ وَقَوْلُهُ إِذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجْهِ).

بَيَانُهُ: إِذَا **طَلَقَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ثُمَّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ مِنْ غَيْرِ ذَلِكَ المَرَضِ** إِلا أَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ فَلَهَا المِيرَاثُ، وَكَانَ عِيسَى بْنُ أَبَانَ يَرَى أَنْ لا مِيرَاثَ لَهَا لأَنَّ مَرَضَ المَوْتِ مَا يَكُونُ سَبَبًا لِلمَوْتِ، وَلَمَّا مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ عَلِمْنَا أَنَّ مَرَضَهُ لَمْ يَكُنْ مَرَضَ المَوْتِ وَأَنَّ حَقَّهَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِمَالِهِ يَوْمَئِذٍ فَهُوَ كَمَا لَوْ طَلَقَهَا فِي صِحَّتِهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: قَدْ اتَّصَلَ المَوْتُ بِمَرَضِهِ حِينَ لَمْ يَصِحَّ حَتَّى مَاتَ، وَقَدْ يَكُونُ لِلمَوْتِ سَبَبَانِ فَلا يَتَبَيَّنُ بِهَذَا أَنَّ مَرَضَهُ لَمْ يَكُنْ مَرَضَ المَوْتِ وَأَنَّ حَقَّهَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فِي مَالِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ إِرْثَهَا عَنْهُ بِحُكْمِ الفِرَارِ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ هَهُنَا.

(**وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا دَخَلَتْ الدَّارَ أَوْ إِذَا صَلى فُلانٌ الظُّهْرَ أَوْ إِذَا دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَكَانَتْ هَذِهِ الأَشْيَاءُ وَالزَّوْجُ مَرِيضٌ** لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ القَوْلُ فِي المَرَضِ وَرِثَتْ إِلا فِي قَوْلِهِ إِذَا دَخَلَتِ الدَّارَ) وَهَذَا عَلَى وُجُوهٍ: إِمَّا أَنْ يُعَلِقَ الطَّلاقَ بِمَجِيءِ الوَقْتِ أَوْ بِفِعْلِ الأَجْنَبِيِّ أَوْ بِفِعْلِ نَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ المَرْأَةِ، وَكُلُّ وَجْهٍ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَمَّا إِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كِلاهُمَا فِي المَرَضِ.

أَمَّا الوَجْهَانِ الأَوَّلانِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ بِمَجِيءِ الوَقْتِ بِأَنْ قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بِفِعْلِ الأَجْنَبِيِّ بِأَنْ قَالَ إِذَا دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ أَوْ صَلى فُلانٌ

الظُّهْرَ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ فَلهَا المِيرَاثُ لأَنَّ القَصْدَ إلى الفِرَارِ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّعْلِيقِ فِي حَال تَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَاله، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّة وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ لَمْ تَرِثْ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَرِثُ لأَنَّ المُعَلقَ بِالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالمُنْجَزِ فَكَانَ إِيقَاعًا فِي المَرَضِ.

وَلنَا أَنَّ التَّعْلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لا قَصْدًا وَلا ظُلمَ إلا عَنْ قَصْدٍ فَلا يُرَدُّ تَصَرُّفُهُ. وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّالثُ وَهُوَ مَا إِذَا عَلقَهُ بِفِعْلِ نَفْسِه فَسَوَاءٌ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّة وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كَانَا فِي المَرَضِ وَالفِعْلُ مِمَّا لهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لا بُدَّ لهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَارًّا لوُجُود قَصْد الإِبْطَال، إِمَّا بِالتَّعْلِيقِ أَوْ بِمُبَاشَرَةِ الشَّرْط فِي المَرَضِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لهُ مِنْ فِعْل الشَّرْط بُدٌّ فَلهُ مِنْ التَّعْلِيقِ أَلفُ بُدٍّ فَيُرَدُّ تَصَرُّفُهُ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْهَا. وَأَمَّا الوَجْهُ الرَّابِعُ وَهُوَ مَا إِذَا عَلقَهُ بِفِعْلهَا، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ وَالفِعْلُ مِمَّا لهَا مِنْهُ بُدٌّ كَكَلامِ زَيْدٍ وَنَحْوِه لَمْ تَرِثْ لأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذَلكَ، وَإِنْ كَانَ الفِعْلُ مِمَّا لا بُدَّ لهَا مِنْهُ كَأَكْل الطَّعَامِ وَصَلاةِ الظُّهْرِ وَكَلامِ الأَبَوَيْنِ تَرِثُ لأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي المُبَاشَرَةِ لمَا لهَا فِي الامْتِنَاعِ مِنْ خَوْف الهَلاكِ فِي الدُّنْيَا أَوْ فِي العُقْبَى وَلا رِضًا مَعَ الاضْطِرَارِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ التَّعليقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرطُ فِي المَرَضِ، فَإِن كَانَ الفِعلُ مِمَّا لهَا مِنهُ بُدٌّ فَلا إِشكَال أَنَّهُ لا مِيرَاثَ لهَا، وَإِن كَانَ مِمَّا لا بُدَّ لهَا مِنهُ فَكَذَلكَ الجَوَابُ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ لأَنَّهُ لم يُوجَد مِن الزَّوجِ صُنعٌ بَعدَمَا تَعَلقَ حَقُّهَا بِمَالهِ. وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَرِثُ لأَنَّ الزَّوجَ أَلجَأَهَا إِلى المُبَاشَرَةِ فَيَنتَقِل الفِعلُ إِليهِ كَأَنَّهَا آلةٌ لهُ كَمَا فِي الإِكرَاهِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَال الرَّجُلُ لامْرَأَته وَهُوَ صَحِيحٌ) كَلامُهُ فِيه وَاضِحٌ سِوَى أَلفَاظ نَذْكُرُهَا (قَوْلُهُ أَنْت طَالقٌ) يَعْنِي طَلاقًا بَائِنًا لأَنَّ حُكْمَ الفِرَارِ إِنَّمَا يُعْطَى إِذَا كَانَ الطَّلاقُ بَائِنًا عَلى مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (وَكَانَتْ هَذه الأَشْيَاءُ) بِمَعْنَى وُجِدَتْ تَامَّةً لا تَحْتَاجُ إِلى خَبَرٍ. وَقَوْلُهُ (يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْط حُكْمًا لا قَصْدًا) يَظْهَرُ بِمَسْأَلتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ لوْ عَلقَ طَلاقَ امْرَأَته بِالشَّرْط ثُمَّ وُجِدَ وَهُوَ مَجْنُونٌ فَإِنَّهُ يَقَعُ مَعَ أَنَّ طَلاقَ المَجْنُونِ غَيْرُ وَاقِعٍ؛ فَدَل عَلى أَنَّهُ ليْسَ بِتَطْلِيقٍ قَصْدًا.

وَالثَّانِيَةُ أَنَّ الرَّجُل إذَا **عَلقَ طَلاقَ امْرَأَته بشَرْط ثُمَّ حَلفَ أَنْ لا يُطَلقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ وُجِدَ الشَّرْطُ** لا يَحْنَثُ، فَلوْ كَانَ تَطْليقًا قَصَدَ الحنْثَ. وَقَوْلُهُ وَالفعْلُ ممَّا لهُ منْهُ بُدٌّ أَوْ لا بُدَّ لهُ منْهُ يَصيرُ فَارًّا) قِيل عَليْه يَنْبَغي أَنْ لا يَصيرَ فَارًّا في التَّعْليق بالفعْل الذي لا بُدَّ لهُ منْهُ إذَا كَانَ التَّعْليقُ في الصِّحَّة لأَنَّ الفعْل إذَا كَانَ ممَّا لا بُدَّ لهُ منْهُ يَصيرُ مُضْطَرًّا في مُبَاشَرَة ذَلكَ الفعْل فَلا يَصيرُ الفعْلُ ظُلمًا فَلا تَرثُ. وَأُجيبَ بأَنَّ الاضْطرَارَ في جَانب الفعْل لا يَردُ وُجُوبُ الضَّمَان عَليْه كَمَنْ اُضْطُرَّ إلى أَكْل مَال الغَيْر أَوْ إلى قَتْل الجَمَل الصَّائل فَإنَّهُ يَضْمَنُ وَإنْ لمْ يُوصَفْ فعْلُهُ بالظُّلم لمَا أَنَّ عصْمَةَ المَحَل تَكْفي لإيجَاب الضَّمَان.

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهَا رَاضيَةٌ بذَلكَ) يَعْني صَارَ كَأَنَّهُ طَلقَهَا بسُؤَالهَا لمَا أَنَّ الرِّضَا بالشَّرْط رضًا بالمَشْرُوط. فَإنْ قيل: لا نُسَلمُ ذَلكَ فَإنَّ أَحَدَ شَريكَيْ العَبْد إذَا قَال لصَاحبه إنْ ضَرَبْته فَهُوَ حُرٌّ فَضَرَبَهُ عَتَقَ، وَللضَّارب ولايَةُ تَضْمين الحَالف مَعَ أَنَّ الضَّاربَ ضَرَبَهُ باخْتيَاره فَلمْ يُجْعَل ذَلكَ منْهُ رضًا. أُجيبَ بأَنَّ حُكْمَ الفرَار يَثْبُتُ عَلى خلاف القيَاس اسْتحْسَانًا بإجْمَاع الصَّحَابَة بشُبْهَة العُدْوَان، فَإنَّهُ رُويَ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَليٍّ وَتَابَعَهُمْ فيه غَيْرُهُمْ فَيَبْطُلُ حُكْمُهُ أَيْضًا لشُبْهَة الرِّضَا، وَلا كَذَلكَ حُكْمُ الضَّمَان، وَقَدْ وُجدَ هَهُنَا شُبْهَةُ رضَا المَرْأَة فَيَكْفي ذَلكَ لنَفْي حُكْم الفرَار. وَقَوْلُهُ (أَوْ في العُقْبَى) رَاجعٌ إلى صَلاة الظُّهْر.

قيل إنَّمَا خَصَّهَا بالذِّكْر وَإنْ كَانَ جَميعُ المَكْتُوبَات فيه سَوَاءً لأَنَّهَا أَوَّلُ صَلاة فُرضَتْ عَلى النَّبيِّ ﷺ وَكَانَ الفَهْمُ في النَّظَر إلى الأَوَّل أَسْبَقَ. وَقَوْلُهُ (فَكَذَلكَ الجَوَابُ عنْدَ مُحَمَّد) أَيْ لا تَرثُ المَرْأَةُ لأَنَّهُ حينَ عَلقَ الزَّوْجُ الطَّلاقَ لمْ يَكُنْ في مَاله لهَا حَقٌّ فَلا يُتَّهَمُ بالقَصْد إلى الفرَار وَلمْ يُوجَدْ بَعْدَ ذَلكَ منْهُ صُنْعٌ، غَايَةُ مَا في البَاب أَنْ يَنْعَدمَ رضَاهَا إذْ فعْلُهَا باعْتبَار أَنَّهَا لا تَجدُ منْهُ بُدًّا؛ فَيَكُونُ هَذَا كَالتَّعْليق بفعْل أَجْنَبيٍّ أَوْ بمَجيء الشَّهْر، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ هُنَاكَ لا تَرثُ إذَا كَانَ التَّعْليقُ في الصِّحَّة، فَكَذَلكَ هَهُنَا لمَا أَنَّ الزَّوْجَ لمْ يُبَاشرْ العلةَ وَلا الشَّرْطَ في مَرَضه فَلا يَكُونُ فَارًّا. فَإنْ قيل: في هَذَا مُنَاقَضَةٌ منْ جَانب زُفَرَ لأَنَّهُ قَال فيمَا تَقَدَّمَ إنَّ المُعَلقَ بالشَّرْط كَالمُنَجَّز فَكَانَ إيقَاعًا في المَرَض.

فَالجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى قَوْله لمْ يُوجَدْ منْ الزَّوْج صُنْعٌ بَعْدَ تَعَلُّق حَقّهَا بمَا لهُ صُنْعٌ

مُعْتَبَرٌ لأَنَّ الشَّرْطَ لَمَّا كَانَ فِعْلَهَا جُعِلَ صُنْعُ الزَّوْجِ كَلا صُنْعٍ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكُنْ فِعْلَهَا فَلَمْ يَخْرُجْ فِعْلُهُ عَنْ حَيِّزِ الاعْتِبَارِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الزَّوْجَ أَلْجَأَهَا إِلَى المُبَاشَرَةِ) أَيْ إِلَى جَعْلِ فِعْلِهَا الذي لا بُدَّ لَهَا مِنْهُ عِلَّةً لإِسْقَاطِ حَقِّهَا.

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ صَحَّ ثُمَّ مَاتَ لم تَرِث) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهِ تَعَالَى عَلَيهِ: تَرِثُ لأَنَّهُ قَصَدَ الفِرَارَ حِينَ أَوقَعَ فِي المَرَضِ وَقَد مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَلكِنَّا نَقُولُ: المَرَضُ إِذَا تَعَقَّبَهُ بُرءٌ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ الصِّحَّةِ لأَنَّهُ يَنعَدِمُ بِهِ مَرَضُ المَوتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لا حَقَّ لهَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ فَلا يَصِيرُ الزَّوجُ فَارًّا. وَلو طَلَّقَهَا فَارتَدَّت وَالعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ أَسلَمَت ثُمَّ مَاتَ الزَّوجُ مِن مَرَضِهِ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لم تَرِث، وَإِن لم تَرتَدَّ بَل طَاوَعَت ابنَ زَوجِهَا فِي الجِمَاعِ وَرِثَت. وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّهَا بِالرِّدَّةِ أَبطَلَت أَهلِيَّةَ الإِرثِ إِذ المُرتَدُّ لا يَرِثُ أَحَدًا وَلا بَقَاءَ لهُ بِدُونِ الأَهلِيَّةِ، وَبِالمُطَاوَعَةِ مَا أَبطَلَت الأَهلِيَّةَ لأَنَّ المَحرَمِيَّةَ لا تُنَافِي الإِرثَ وَهُوَ البَاقِي، بِخِلافِ مَا إِذَا طَاوَعَت فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ لأَنَّهَا تُثبِتُ الفُرقَةَ فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطلانِ السَّبَبِ، وَبَعدَ الطَّلَقَاتِ الثَّلاثِ لا تَثبُتُ الحُرمَةُ بِالمُطَاوَعَةِ لتَقَدُّمِهَا عَلَيهَا فَافتَرَقَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ لا تُنَافِي الإِرْثَ) يَعْنِي بَل تُنَافِي النِّكَاحَ كَمَا فِي الأُمِّ وَالأُخْتِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) يَعْنِي الإِرْثَ هُوَ (البَاقِي) وَقَوْلُهُ (فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطْلانِ السَّبَبِ) أَيْ سَبَبِ الإِرْثِ وَهُوَ النِّكَاحُ.

(وَمَن قَذَفَ امرَأَتَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ وَلاعَنَ فِي المَرَضِ وَرِثَت. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ لا تَرِثُ، وَإِن كَانَ القَذفُ فِي المَرَضِ وَرِثَتهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) وَهَذَا مُلحَقٌ بِالتَّعلِيقِ بِفِعلٍ لا بُدَّ لهَا مِنهُ إِذ هِيَ مُلجَأَةٌ إِلى الخُصُومَةِ لدَفعِ عَارِ الزِّنَا عَن نَفسِهَا وَقَد بَيَّنَّا الوَجهَ فِيهِ (وَإِن آلى وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ بَانَت بِالإِيلاءِ وَهُوَ مَرِيضٌ لم تَرِث، وَإِن كَانَ الإِيلاءُ أَيضًا فِي المَرَضِ وَرِثَت) لأَنَّ الإِيلاءَ فِي مَعنَى تَعلِيقِ الطَّلاقِ بِمُضِيِّ أَربَعَةِ أَشهُرٍ خَالِيَةٍ عَن الوِقَاعِ فَيَكُونُ مُلحَقًا بِالتَّعلِيقِ بِمَجِيءِ الوَقتِ وَقَد ذَكَرنَا وَجهَهُ قَالَ (وَالطَّلاقُ الذِي يَملِكُ فِيهِ الرَّجعَةَ تَرِثُ بِهِ فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ) لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا يُزِيلُ النِّكَاحَ حَتَّى يَحِلَ الوَطءَ فَكَانَ السَّبَبُ قَائِمًا. قَال (وَكُلُّ مَا ذَكَرنَا أَنَّهَا تَرِثُ إِنَّمَا تَرِثُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ) وَقَد بَيَّنَّاهُ، وَاللهُ تَعَالى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَقَال مُحَمَّدٌ: لا تَرِثُ) قيل لأَنَّ الطَّلاقَ إِنَّمَا يَقَعُ بلعَانِهَا لأَنَّهُ آخرُ اللعَانَيْنِ، وَكَانَ آخرَ المُدَارَيْنِ. فَإِنْ قِيل: الفُرْقَةُ إِنَّمَا تَقَعُ بِقَضَاءِ القَاضِي عِنْدَنَا فَكَانَ القَضَاءُ آخرَ المُدَارَيْنِ. أُجِيبَ بِأَنَّ اللعَانَ شَهَادَةٌ عِنْدَنَا عَلى مَا يَأْتِي، وَالحُكْمُ إِمَّا يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ لا بِالقَضَاءِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الفُرْقَةَ وَإِنْ كَانَتْ تَقَعُ بِلعَانِهَا إِلا أَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي ذَلكَ لاسْتِدْفَاعِ العَارِ عَنْ نَفْسِهَا وَكَانَ مُلحقًا بِفِعْلٍ لا بُدَّ لَهَا مِنْهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ) أَيْ فِي الفِعْلِ الذي لا بُدَّ لَهَا مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي المُبَاشَرَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ آلى وَهُوَ صَحِيحٌ) ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَلَنَا أَنَّ التَّعْلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيقًا إلخْ. فَإِنْ قِيل: لا نُسَلمُ أَنَّ الإِيلاءَ نَظِيرُ تَعْلِيقِ الطَّلاقِ بِمَجِيءِ الوَقْتِ إِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ لَمَا أَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ إِبْطَالِ الإِيلاءِ بِالفَيْءِ، فَإِذَا لَمْ يَبْطُل فِي حَالةِ المَرَضِ صَارَ كَأَنَّهُ أَنْشَأَ الإِيلاءَ فِي المَرَضِ وَهُنَاكَ تَرِثُ فَكَذَلكَ هَهُنَا، وَكَانَ نَظِيرَ مَنْ وَكَّل وَكِيلا بِالطَّلاقِ فِي صِحَّتِهِ فَطَلقَهَا الوَكِيلُ فِي المَرَضِ كَانَ فَارًّا لِتَمَكُّنِهِ مِنْ العَزْلِ؛ فَإِذَا لَمْ يَعْزِل جُعِل كَأَنَّهُ أَنْشَأَهُ فَكَذَلكَ هَهُنَا. أُجِيبَ بِأَنَّ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا ثَابِتٌ وَهُوَ أَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ إِبْطَالُ الإِيلاءِ إِلا بِضَرَرٍ يَلزَمُهُ فَلمْ يَكُنْ مُتَمَكِّنًا مُطْلقًا، بِخِلافِ مَسْأَلةِ الوَكَالةِ. وَقَوْلُهُ (فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ الطَّلاقُ بِسُؤَالهَا أَوْ بِغَيْرِ سُؤَالهَا، وَسَوَاءٌ كَانَ التَّعْلِيقُ بِفِعْلهَا أَوْ بِفِعْلِهِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الفِعْلُ مِمَّا لهَا مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لمْ يَكُنْ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ وَاللهُ أَعْلمُ.

باب الرجعة

(وإذا طلقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ تَطليقةً رَجعيّةً أو تَطليقتَين فلهُ أن يُراجِعَهَا في عدَّتِهَا رَضِيَت بذَلكَ أو لم ترضَ) لقولِه تَعالى ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [البقرة: ٢٣١] من غيرِ فَصلٍ ولا بُدَّ من قِيَامِ العِدَّةِ لأنَّ الرَّجعةَ استِدامةُ الملك؛ ألا تَرى أنَّهُ سَمَّى إمساكًا وهُوَ الإبقاءُ وإنَّمَا يَتَحقَّقُ الاستِدامةُ في العِدَّةِ لأنَّهُ لا ملكَ بَعدَ انقضائِهَا

الشرح:

(بَابُ الرَّجعَةِ): لَمَّا كَانَتْ الرَّجْعَةُ مُتَأَخِّرَةً عَنْ الطَّلاقِ طَبْعًا أَخَّرَهَا وَضْعًا لِيُنَاسِبَ الوَضْعُ الطَّبْعَ وَالرَّجْعَةُ بِالفَتْحِ وَالكَسْرِ وَالفَتْحُ أَفْصَحُ، وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اسْتِدَامَةِ

ملك النِّكَاحِ. وَلَهَا شَرَائِطُ: إِحْدَاهَا تَقْدِيمُ صَرِيحِ لفْظِ الطَّلاقِ أَوْ بَعْضِ أَلفَاظِ الكِنَايَةِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَالثَّانِيَةُ أَنْ لا يَكُونَ بِمُقَابَلتِه مَالٌ. وَالثَّالثَةُ أَنْ لا يُسْتَوْفَى الثَّلاثَةُ مِنْ الطَّلاقِ. وَالرَّابعَةُ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ مَدْخُولا بِهَا. وَالخَامِسَةُ أَنْ تَكُونَ العِدَّةُ قَائِمَةً وَلا خِلافَ فِي مَشْرُوعِيَّتِهَا لأَحَدٍ لثُبُوتِهَا بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإِجْمَاعِ.

(وَالرَّجعَةُ أَن يَقُول رَاجعْتُك أَو رَاجَعت امرَأَتِي) وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الرَّجعَةِ وَلا خِلافَ فِيهِ بَينَ الأَئِمَّةِ. قَال (أَو يَطَأَهَا أَو يُقَبِّلهَا أَو يَلمِسَهَا بِشَهوَةٍ أَو يَنظُرَ إلى فَرجِهَا بِشَهوَةٍ) وَهَذَا عِندَنَا وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ: لا تَصِحُّ الرَّجعَةُ إلا بِالقَول مَعَ القُدرَةِ عَليهِ لأَنَّ الرَّجعَةَ بِمَنزِلَةِ ابتِدَاءِ النِّكَاحِ حَتَّى يَحرُمَ وَطؤُهَا، وَعِندَنَا هُوَ استِدَامَةُ النِّكَاحِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ وَسَنُقَرِّرُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَالفِعلُ قَد يَقَعُ دَلالَةً عَلى الاستِدَامَةِ كَمَا فِي إسقَاطِ الخِيَارِ، وَالدَّلالَةُ فِعلٌ يَختَصُّ بِالنِّكَاحِ وَهَذِهِ الأَفَاعِيلُ تَختَصُّ بِهِ خُصُوصًا فِي الحُرَّةِ، بِخِلافِ النَّظَرِ وَالمَسِّ بِغَيرِ شَهوَةٍ لأَنَّهُ قَد يَحِلُّ بِدُونِ النِّكَاحِ كَمَا فِي القَابِلَةِ وَالطَّبِيبِ وَغَيرِهِمَا، وَالنَّظَرُ إلى غَيرِ الفَرجِ قَد يَقَعُ بَينَ المُسَاكِنَينِ وَالزَّوجُ يُسَاكِنُهَا فِي العِدَّةِ، فَلو كَانَ رَجعَةً لطَلَقَهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَليهَا.

الشرح:

(وَ) أَلفَاظُ (الرَّجْعَةِ أَنْ يَقُول رَاجَعْتُك) إنْ كَانَ فِي حَضْرَتِهَا (أَوْ رَاجَعْت امْرَأَتِي) فِي الغَيْبَةِ بِشَرْطِ الإِعْلامِ أَوْ فِي الحَضْرَةِ أَيْضًا، أَوْ يَقُول رَدَدْتُك أَوْ أَمْسَكْتُك، أَوْ يَقُول أَنْت عِنْدِي كَمَا كُنْت، أَوْ أَنْت امْرَأَتِي إنْ نَوَى الرَّجْعَةَ، وَلا خِلافَ لأَحَدٍ فِي جَوَازِ الرَّجْعَةِ بِالقَوْل. وَأَمَّا بِالفِعْلِ مِثْل أَنْ (يَطَأَهَا أَوْ يُقَبِّلهَا أَوْ يَلمِسَهَا بِشَهْوَةٍ أَوْ يَنْظُرَ إلى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ) فَهِيَ صَحِيحَةٌ (عِنْدَنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ إلا بِالقَوْل مَعَ القُدْرَةِ عَليْهِ؛ لأَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلة ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ) لثُبُوتِ الحِل بِهَا، وَابْتِدَاءُ النِّكَاحِ لا يَصِحُّ بِالوَطْءِ وَدَوَاعِيه؛ فَكَانَ الوَطْءُ حَرَامًا كَمَا فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ. وَقُلنَا: هِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ كَمَا بَيَّنَّا، وَهُوَ إشَارَةٌ إلى قَوْله؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ سُمِّيَ إمْسَاكًا وَهُوَ الإِبْقَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَسَنُقَرِّرُهُ) إشَارَةٌ إلى مَا ذُكِرَ فِي آخِرِ هَذَا البَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ قُلنَا إنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّى يَمْلكَ مُرَاجَعَتَهَا إلخْ. وَقَوْلُهُ وَالفِعْلُ قَدْ يَقَعُ دَلالَةً عَلى الاسْتِدَامَةِ) جُزْءُ الدَّليل.

وَقَوْلُهُ: (كَمَا فِي إسْقَاطِ الخِيَارِ) دَليلُهُ. وَتَقْرِيرُهُ: الرَّجْعَةُ اسْتِدَامَةُ المِلك، وَالفِعْلُ

قَدْ يَقَعُ دَليلا عَلى الاسْتِدَامَةِ كَمَا فِي إسْقَاطِ الخِيَارِ، فَإِنَّ مَنْ بَاعَ جَارِيَةً عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ وَطِئَهَا سَقَطَ الخِيَارُ، كَمَا إِذَا أَسْقَطَ بِالقَوْلِ، بَل هُنَا أَوْلَى لأَنَّهُ فِي البَيْعِ يَحْتَاجُ إلى رَفْعِ السَّبَبِ المُزِيلِ وَهُوَ البَيْعُ، أَمَّا هَهُنَا فَلا يَحْتَاجُ إلى رَفْعِ الطَّلاقِ بَل يَحْتَاجُ إلى دَفْعِ مَا لوْلاهُ لزَالَ وَالدَّفْعُ أَسْهَلُ مِنْ الرَّفْعِ. وَلَمَّا كَانَ الثَّابِتُ بِالدَّليلِ أَنَّ بَعْضَ الفِعْلِ قَدْ يَقَعُ دَلالةً عَلى الاسْتِدَامَةِ احْتَاجَ إلى أَنْ يُعَيِّنَهُ فَقَال (وَالدَّلالةُ) أَيْ الدَّليلُ (فِعْلٌ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَهَذِهِ الأَفَاعِيلُ تَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ) فَتَقَعُ دَلالةً. وَقَوْلُهُ (خُصُوصًا فِي الحُرَّةِ) لبَيَانِ أَنَّ حِل الاسْتِمْتَاعِ بِهَا ليْسَ إلا بِالنِّكَاحِ، وَأَمَّا فِي الأَمَةِ فَيَحِلُّ بِهِ وَبِملكِ اليَمِينِ أَيْضًا (بِخِلافِ النَّظَرِ وَالمَسِّ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ لأَنَّهُ قَدْ يَحِلُّ بِدُونِ النِّكَاحِ كَمَا فِي القَابِلةِ وَالطَّبِيبِ) وَالخَاتِنَةِ، وَالشَّاهِدِ فِي الزِّنَا إذَا احْتَاجَ إلى تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ، (وَالنَّظَرُ إلى غَيْرِ الفَرْجِ قَدْ يَقَعُ بَيْنَ المُسَاكِنَيْنِ وَالزَّوْجُ يُسَاكِنُهَا فِي العِدَّةِ، فَلوْ كَانَ النَّظَرُ إليْهَا رَجْعَةً لطَلقَهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَليْهَا) وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهَا فَلا يَجُوزُ لقَوْلهِ تَعَالى ﴿ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾ [البقرة: ٢٣١].

قَال (وَيُستَحَبُّ أَن يُشهِدَ عَلى الرَّجعَةِ شَاهِدَينِ، فَإِن لم يُشهِد صَحَّت الرَّجعَةُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي أَحَدِ قَوليهِ لا تَصِحُّ، وَهُوَ قَولُ مَالكٍ رَحِمَهُ اللهُ لقَولهِ تَعَالى ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وَالأَمرُ للإِيجَابِ. وَلنَا إطلاقُ النُّصُوصِ عَن قَيدِ الإِشهَادِ، وَلأَنَّهُ استِدَامَةٌ للنِّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ ليسَت شَرطًا فِيهِ فِي حَالةِ البَقَاءِ كَمَا فِي الفَيءِ فِي الإِيلاءِ، إلا أَنَّهَا تُستَحَبُّ لزِيَادَةِ الاحتِيَاطِ كَي لا يَجرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا، وَمَا تَلاهُ مَحمُولٌ عَليهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالمُفَارَقَةِ وَهُوَ فِيهَا مُستَحَبٌّ وَيُستَحَبُّ أَن يُعلمَهَا كَي لا تَقَعَ فِي المَعصِيَةِ (وَإِذَا انقَضَت العِدَّةُ فَقَال كُنت رَاجَعتهَا فِي العِدَّةِ فَصَدَّقَتهُ فَهِيَ رَجعَةٌ، وَإِن كَذَّبَتهُ فَالقَولُ قَولُهَا) لأَنَّهُ أَخبَرَ عَمَّا لا يَملكُ إنشَاءَهُ فِي الحَال فَكَانَ مُتَّهَمًا إلا أَنَّ بِالتَّصدِيقِ تَرتَفِعُ التُّهمَةُ، وَلا يَمِينَ عَليهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهِيَ مَسأَلةُ الاستِحلافِ فِي الأَشيَاءِ السِّتَّةِ وَقَد مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

الشرح:

قَال (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلى الرَّجْعَةِ) إذَا أَرَادَ الرَّجْعَةَ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَقُول

لاثْنَيْنِ اشْهَدَا عَليَّ بأَنِّي رَاجَعْت امْرَأَتِي (وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: لا تَصِحُّ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ) وَهُوَ غَرِيبٌ لأَنَّهُ لا يُوجِبُ الإِشْهَادَ عَلَى ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ وَيَجْعَلُهُ شَرْطًا عَلَى الرَّجْعَةِ (لهُمَا قَوْله تَعَالَى ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وَالأَمْرُ للإِيجَابِ.

وَلَنَا إطْلاقُ النُّصُوصِ فِي الرَّجْعَةِ عَنْ قَيْدِ الإِشْهَادِ) وَهُوَ قَوْله تَعَالَى ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ وقَوْله تَعَالى ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقَوْله تَعَالى ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، وقَوْله تَعَالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « **مُرْ ابْنَك فَلْيُرَاجِعْهَا** » وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ) أَيْ الرَّجْعَةَ بِمَعْنَى الرُّجُوعِ أَوْ عَلَى تَأْوِيلِ المَذْكُورِ (اسْتِدَامَةٌ للنِّكَاحِ) كَمَا تَقَدَّمَ، وَالاسْتِدَامَةُ إِنَّمَا هِيَ حَالَةُ البَقَاءِ (وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي النِّكَاحِ حَال البَقَاءِ) بالاتِّفَاق فَكَانَتْ (كَالفَيْءِ فِي الإِيلاءِ) فِي أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْه لَيْسَتْ بِشَرْط لِكَوْنه حَالةَ البَقَاءِ (إلا أَنَّهَا) أَيْ الشَّهَادَةَ (مُسْتَحَبَّةٌ لزِيَادَةِ الاحْتِيَاط كَيْ لا يَجْرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا) أَيْ فِي الرَّجْعَة (وَمَا تَلاهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] (مَحْمُولٌ عَلَيْه) أَيْ عَلَى الاسْتِحْبَاب دَفْعًا للتَّنَاكُرِ؛ فَكَانَ الأَمْرُ للإِرْشَادِ إلى مَا هُوَ الأَوْفَقُ به كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] بِدَلِيل أَنَّهُ قَرَنَهَا بالمُفَارَقَة حَيْثُ قَال ﴿ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ﴾ [الطلاق: ٢] (وَهُوَ) أَيْ الإِشْهَادُ (فِيهَا) أَيْ فِي المُفَارَقَة (مُسْتَحَبٌّ) فَكَذَا فِي الرَّجْعَة. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ القِرَانَ فِي النَّظْمِ لا يُوجِبُ القِرَانَ فِي الحُكْمِ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ فِيمَا إِذَا حُكِمَ عَلى إحْدَى الجُمْلَتَيْنِ المُتَقَارِنَتَيْنِ بِحُكْمِ الجُمْلَة الأُخْرَى، وَمَا نَحْنُ فِيه لَيْسَ كَذَلكَ بَل فِيه كُلُّ جُمْلَة مِنْ الجُمْلَتَيْنِ مُسْتَقِلَةٌ بِحُكْمِهَا، وَإِنَّمَا تَعْقُبُهُمَا جُمْلَةٌ أُخْرَى تَعَلقَتْ بِهِمَا وَإِحْدَاهُمَا تَقْتَضِي تَعَلُّقَهَا بهَا مِنْ حَيْثُ الاسْتِحْبَابُ، فَكَذَلكَ الأُخْرَى لِئَلا يَلزَمَ اسْتِعْمَالُ اللفْظ الوَاحد فِي مَعْنَيَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْلمَهَا) بالرَّجْعَة؛ لأَنَّهُ لوْ لَمْ يُعْلمْهَا لرُبَّمَا تَقَعُ المَرْأَةُ فِي المَعْصِيَة فَإِنَّهَا قَدْ تَتَزَوَّجُ بِنَاءً عَلى زَعْمِهَا أَنَّ زَوْجَهَا لَمْ يُرَاجِعْهَا وَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا

وَيطَأَهَا الزَّوْجُ الثَّانِي فَكَانَتْ عَاصِيَةً وَزَوْجُهَا الذي أَوْقَعَهَا فيه مُسِيئًا بِتَرْكِ الإِعْلامِ، وَلَكِنْ مَعَ ذَلِكَ لَوْ لَمْ يُعْلِمْهَا صَحَّتْ الرَّجْعَةُ لأَنَّهَا اسْتِدَامَةٌ لِلقَائِمِ وَلَيْسَتْ بِإِنْشَاءٍ؛ فَكَانَ الزَّوْجُ بِالرَّجْعَةِ مُتَصَرِّفًا فِي خَالِصِ حَقِّهِ، وَتَصَرُّفُ الإِنْسَانِ فِي خَالِصِ حَقِّهِ لا يَتَوَقَّفُ عَلى عِلمِ الغَيْرِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ تَكُونُ عَاصِيَةً بِغَيْرِ عِلمٍ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ سُؤَالٍ وَقَعَتْ فِي المَعْصِيَةِ لأَنَّ التَّقْصِيرَ جَاءَ مِنْ جِهَتِهَا (وَإِذَا **انْقَضَتْ العِدَّةُ فَقَال قَدْ كُنْت رَاجَعْتهَا فِي العِدَّةِ**؛ فَإِنْ صَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا لأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لا يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فِي الحَالِ) وَكُلُّ مَنْ فَعَل كَذَلِكَ فَهُوَ مُتَّهَمٌ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ لا تَصِحَّ الرَّجْعَةُ وَإِنْ صَدَّقَتْهُ أَيْضًا (إلا أَنَّ بِالتَّصْدِيقِ تَرْتَفِعُ التُّهْمَةُ، وَلا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الاسْتِحْلافِ فِي الأَشْيَاءِ السِّتَّةِ، وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ).

(وَإِذَا قَالَ الزَّوجُ قَد رَاجَعتُك فَقَالَت مُجِيبَةً لَهُ قَد انقَضَت عِدَّتِي لم تَصِحَّ الرَّجعَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَقَالا: تَصِحُّ الرَّجعَةُ لأَنَّهَا صَادَفَت العِدَّةَ إذ هِيَ بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا إلى أَن تُخبِرَ وَقَد سَبَقَتهُ الرَّجعَةُ، وَلِهَذَا لو قَالَ لهَا طَلَقتُك فَقَالَت مُجِيبَةً لَهُ قَد انقَضَت عِدَّتِي يَقَعُ الطَّلاقُ وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا صَادَفَت حَالَةَ الانقِضَاءِ لأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الإِخبَارِ عَن الانقِضَاءِ فَإِذَا أَخبَرَت دَل ذَلكَ عَلى سَبقِ الانقِضَاءِ وَأَقرَبُ أَحوَالِهِ حَالُ قَولِ الزَّوجِ وَمَسأَلَةُ الطَّلاقِ عَلى الخِلافِ، وَلو كَانَت عَلى الاتِّفَاقِ فَالطَّلاقُ يَقَعُ بِإِقرَارِهِ بَعدَ الانقِضَاءِ وَالمُرَاجَعَةُ لا تَثبُتُ بِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا **قَال الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُك فَقَالتْ مُجِيبَةً لهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي**) فَأَمَّا إِنْ قَالتْ ذَلكَ مُتَّصِلا بِكَلامِ الزَّوْجِ أَوْ بَعْدَ مُكْثٍ فَإِنْ كَانَ الثَّانِي تَصِحُّ الرَّجْعَةُ بِالاتِّفَاقِ وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ تَصِحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا. قَالا: الرَّجْعَةُ صَادَفَتْ العِدَّةَ لِبَقَائِهَا ظَاهِرًا إِلى أَنْ تُخْبِرَ، وَقَدْ سَبَقَتْ الرَّجْعَةُ فَكَانَتْ وَاقِعَةً فِي العِدَّةِ وَهِيَ صَحِيحَةٌ لا مَحَالَةَ (وَلِهَذَا لوْ **قَال لهَا طَلَقْتُك فَقَالتْ مُجِيبَةً لهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي** وَقَعَ الطَّلاقُ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا صَادَفَتْ حَالةَ الانْقِضَاءِ لأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الإِخْبَارِ عَنْ الانْقِضَاءِ) إِذْ لا يُعْلَمُ ذَلكَ إلا بِإِخْبَارِهَا وَقَدْ أَخْبَرَتْ بِذَلكَ، وَالإِخْبَارُ يَقْتَضِي سَبْقَ المُخْبَرِ عَنْهُ وَلا دَليل عَلى مِقْدَارِ

مُعَيَّنٍ (وَأَقْرَبُ أَحْوَالِهِ حَالُ قَوْلِ الزَّوْجِ) فَإِذَا صَادَفَتْ حَالَةَ الانْقِضَاءِ لا تَكُونُ مُعْتَبَرَةً. وَلا نُسَلِّمُ أَنَّ مَسْأَلَةَ الطَّلاقِ عَلَى الوِفَاقِ بَل عَلَى الخِلافِ، وَلَئِنْ كَانَتْ عَلَى الاتِّفَاقِ فَالطَّلاقُ يَقَعُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الانْقِضَاءِ وَالمُرَاجَعَةُ لا تَثْبُتُ بِهِ.

(وَإِذ قَالَ زَوجُ الأَمَةِ بَعدَ انقِضَاءِ عِدَّتِهَا: قَد كُنت رَاجَعتها وَصَدَّقَهُ المَولى وَكَذَّبَته الأَمَةُ فَالقَولُ قَولُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: القَولُ قَولُ المَولى) لأَنَّ بُضعَهَا مَملُوكٌ لهُ، فَقَد أَقَرَّ بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ للزَّوجِ فَشَابَهُ الإِقرَارَ عَليهَا بِالنِّكَاحِ، وَهُوَ يَقُولُ حُكمُ الرَّجعَةِ يُبتَنَى عَلى العِدَّةِ وَالقَولُ فِي العِدَّةِ قَولُهَا، فَكَذَا فِيمَا يُبتَنَى عَليهَا، وَلو كَانَ عَلى القَلبِ فَعِندَهُمَا القَولُ قَولُ المَولى، وَكَذَا عِندَهُ فِي الصَّحِيحِ لأَنَّهَا مُنقَضِيَةُ العِدَّةِ فِي الحَالِ، وَقَد ظَهَرَ مِلكُ المُتعَةِ للمَولى فَلا يُقبَلُ قَولُهَا فِي إِبطَالِهِ، بِخِلافِ الوَجهِ الأَوَّلِ لأَنَّ المَولى بِالتَّصدِيقِ فِي الرَّجعَةِ مُقِرٌّ بِقِيَامِ العِدَّةِ عِندَهَا وَلا يَظهَرُ مِلكُهُ مَعَ العِدَّةِ (وَإِن قَالت قَد انقَضَت عِدَّتِي وَقَالَ الزَّوجُ وَالمَولى لم تَنقَضِ عِدَّتُك فَالقَولُ قَولُهَا) لأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلكَ إِذ هِيَ العَالِمَةُ بِهِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَ **زَوْجُ الأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ قَدْ كُنْت رَاجَعْتهَا**) **وَهِيَ فِي العِدَّةِ**؛ فَإِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ المَوْلى وَالأَمَةُ أَوْ يُكَذِّبَاهُ، أَوْ يُصَدِّقَهُ المَوْلى وَتُكَذِّبَهُ الأَمَةُ أَوْ بِالعَكْسِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ تَصِحَّ بِالاتِّفَاقِ إلا إذَا بَرْهَنَ، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ وَلَيْسَ لهُ بَيِّنَةٌ (فَالقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: القَوْلُ قَوْلُ المَوْلى لأَنَّ البُضْعَ مَمْلُوكٌ) لهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، وَمَعْنَاهُ مَنَافِعُ البُضْعِ، فَكَانَ الإِقْرَارُ بِهَا لِلزَّوْجِ إِقْرَارًا بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ فَلا مَرَدَّ لهُ، وَكَانَ كَالإِقْرَارِ عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ، بِأَنْ يُقِرَّ بِأَنَّهُ زَوَّجَ أَمَتَهِ مِنْ فُلانٍ (وَهُوَ) أَيْ أَبُو حَنِيفَةَ (يَقُولُ حُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلى بَقَاءِ العِدَّةِ) وَانْقِضَائِهَا، وَكُلُّ مَا يُبْتَنَى عَلى ذَلكَ يُبْتَنَى عَلى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ القَوْلُ قَوْلُهُ فِي ذَلكَ لِكَوْنِهِ أَمِينًا (وَالقَوْلُ فِي العِدَّةِ قَوْلُهَا) فَحُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلى قَوْلِهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ الجَوَابَ عَنْ الإِقْرَارِ بِالتَّزْوِيجِ لِظُهُورِهِ، وَذَلكَ لأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُ فِي الرَّجْعَةِ لَمْ يَبْقَ لهُ حَقٌّ فِي مَنَافِعِ بُضْعِهَا، فَأَنَّى يَكُونُ لهُ إِقْرَارٌ بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ، بِخِلافِ الإِقْرَارِ بِالتَّزْوِيجِ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ بِذَلكَ وَكَانَ الفَرْقُ بَيِّنًا، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ وَعَبَّرَ عَنْهُ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَلَوْ كَانَ عَلى القَلبِ

فَعِنْدَهُمَا القَوْلُ قَوْلُ المَوْلى) لأَنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ خَالِصُ حَقِّهِ وَالزَّوْجُ يَدَّعِيهَا عَلَيْهِ وَهِيَ مُنْكِرَةٌ (وَكَذَا عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ لأَنَّهَا مُنْقَضِيَةُ العِدَّةِ فِي الحَالِ) بالاتِّفَاق، وَبالانْقِضَاءِ يَظْهَرُ مِلكُ المُتْعَةِ للمَوْلى وَهِيَ تُبْطِلُهُ فَلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيهِ، بِخِلافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ لأَنَّ المَوْلى بالتَّصْدِيقِ فِي الرَّجْعَةِ مُقِرٌّ بِقِيَامِ العِدَّةِ عِنْدَهَا. أَيْ عِنْدَ الرَّجْعَةِ، وَلا يَظْهَرُ مِلكُهُ مَعَ العِدَّةِ فِي هَذَا الكَلامِ إشَارَةٌ إلى الجَوَابِ عَنْ مَسْأَلَةِ التَّزْوِيجِ كَمَا أَشَرْنَا إلَيْهِ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي) ظَاهِرٌ وَالضَّمِيرُ فِيهِ رَاجِعٌ إلى الانْقِضَاءِ.

(**وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنْ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ** انْقَطَعَتْ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِل، وَإِنْ انْقَطَعَ لأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلاةٍ كَامِلٍ) لأَنَّ الحَيْضَ لا مَزِيدَ لَهُ عَلَى العَشَرَةِ، فَبِمُجَرَّدِ الانْقِطَاعِ خَرَجَتْ مِنْ الحَيْضِ فَانْقَضَتْ العِدَّةُ وَانْقَطَعَتْ الرَّجْعَةُ، وَفِيمَا دُونَ العَشَرَةِ يُحْتَمَلُ عَوْدُ الدَّمِ فَلا بُدَّ أَنْ يَعْتَضِدَ الانْقِطَاعُ بِحَقِيقَةِ الاغْتِسَالِ أَوْ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلاةِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةً لأَنَّهُ لا يُتَوَقَّعُ فِي حَقِّهَا أَمَارَةٌ زَائِدَةٌ فَاكْتَفَى بِالانْقِطَاعِ، وَتَنْقَطِعُ إذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلَّتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: إذَا تَيَمَّمَتْ انْقَطَعَتْ، وَهَذَا قِيَاسٌ لأَنَّ التَّيَمُّمَ حَالَ عَدَمِ المَاءِ طَهَارَةٌ مُطْلَقَةٌ حَتَّى يَثْبُتُ بِهِ مِنْ الأَحْكَامِ مَا يَثْبُتُ بِالاغْتِسَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مُلَوِّثٌ غَيرُ مُطَهِّرٍ، وَإِنَّمَا اُعتُبِرَ طَهَارَةً ضَرُورَةَ أَن لا تَتَضَاعَفَ الوَاجِبَاتُ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَتَحَقَّقُ حَالَ أَدَاءِ الصَّلاةِ لا فِيمَا قَبلَهَا مِن الأَوقَاتِ، وَالأَحكَامُ الثَّابِتَةُ أَيضًا ضَرُورِيَّةٌ اقتِضَائِيَّةٌ، ثُمَّ قِيلَ تَنقَطِعُ بِنَفسِ الشُّرُوعِ عِندَهُمَا، وَقِيلَ بَعدَ الفَرَاغِ لِيَتَقَرَّرَ حُكمُ جَوَازِ الصَّلاةِ.

الشرح:

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنْ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ قَال (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنْ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلاةِ) يَعْنِي أَنَّ الوَقْتَ إذَا مَضَى صَارَتْ الصَّلاةُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهَا وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ.

وَقَوْلُهُ (إِذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلتْ) أَطْلَقَ الصَّلاةَ لِتَنَاوُلِ الْمَكْتُوبَةِ وَغَيْرِهَا وَقَوْلُهُ (حَتَّى يَثْبُتَ بِهِ مِنْ الأَحْكَامِ) يُرِيدُ بِهِ دُخُولَ الْمَسْجِدِ وَمَسَّ الْمُصْحَفِ وَقِرَاءَةَ الْقُرْآنِ وَإِبَاحَةَ الصَّلاةِ وَسَجْدَةَ التِّلاوَةِ. وَقَوْلُهُ وَالأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةٌ اقْتِضَائِيَّةٌ) يَعْنِي أَنَّ ثُبُوتَ هَذِهِ الأَحْكَامِ مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ الصَّلاةِ بِالتَّيَمُّمِ، أَمَّا قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ فَلأَنَّهَا رُكْنُ الصَّلاةِ. وَأَمَّا الْمَسْجِدُ فَلأَنَّهُ مَكَانُ الصَّلاةِ.

وَأَمَّا سَجْدَةُ التِّلاوَةِ فَهِيَ مِنْ تَوَابِعِ الْقِرَاءَةِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَقْرَأَ فِي صَلاتِهَا آيَةَ السَّجْدَةِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الْحَاصِلُ مِنْ دَلِيلِهِمَا أَنَّ التَّيَمُّمَ طَهَارَةٌ ضَرُورِيَّةٌ وَأَنَّ الضَّرُورَةَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ حَالَ أَدَاءِ الصَّلاةِ وَلا يَكُونُ قَبْلَهُ طَهَارَةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا انْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ.

وَقَدْ تَقَرَّرَ مِنْ الأُصُولِ أَنَّ الثَّابِتَ بِالضَّرُورَةِ لا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهَا فَكَانَ الْوَاجِبُ أَنْ لا تَنْقَطِعَ الرَّجْعَةُ وَإِنْ صَلتْ مَا لَمْ تَغْتَسِلْ أَوْ يَمْضِي عَلَيْهَا وَقْتُ صَلاةٍ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الضَّرُورِيَّ مَتَى مَا ثَبَتَ ثَبَتَ بِجَمِيعِ لَوَازِمِهِ وَمِنْ لَوَازِمِ ثُبُوتِ الطَّهَارَةِ عِنْدَ أَدَاءِ الصَّلاةِ انْقِطَاعُ الْحَيْضِ، وَمِنْ لَوَازِمِ انْقِطَاعِهِ مُضِيُّ الْمُدَّةِ، وَمِنْ لَوَازِمِ مُضِيِّهَا انْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ، وَلازِمُ لازِمِ اللازِمِ لازِمٌ فَيَثْبُتُ عِنْدَ ثُبُوتِهِ.

وَأَمَّا الْجَوَابُ عَنْ جَعْلِهِمَا التَّيَمُّمَ طَهَارَةً ضَرُورِيَّةً هَهُنَا وَطَهَارَةً مُطْلَقَةً فِي بَابِ الإِمَامَةِ وَجَعْلِ مُحَمَّدٍ بِالْعَكْسِ فَقَدْ سَبَقَ هُنَاكَ مُسْتَوْفًى.

(وَإِذَا اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ الْمَاءُ، فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ) قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ فِي الْعُضْوِ الْكَامِلِ أَنْ لا تَبْقَى الرَّجْعَةُ لأَنَّهَا غَسَلَتِ الأَكْثَرَ. وَالْقِيَاسُ فِيمَا دُونَ الْعُضْوِ أَنْ تَبْقَى لأَنَّ حُكْمَ الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ لا يَتَجَزَّأُ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنَّ مَا دُونَ الْعُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ الْمَاءِ إِلَيْهِ، فَقُلْنَا بِأَنَّهُ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ وَلا يَحِلُّ لَهَا التَّزَوُّجُ أَخْذًا بِالاحْتِيَاطِ فِيهِمَا، بِخِلافِ الْعُضْوِ الْكَامِلِ لأَنَّهُ لا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ وَلا يَغْفُلُ عَنْهُ عَادَةً فَافْتَرَقَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: أَنَّ تَرْكَ الْمَضْمَضَةِ وَالاسْتِنْشَاقِ كَتَرْكِ عُضْوٍ كَامِلٍ. وَعَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ الْعُضْوِ لأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلافًا بِخِلافِ غَيْرِهِ مِنَ الأَعْضَاءِ.

الشرح:

(وَإِذَا **اغْتَسَلتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ المَاءُ فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعْ الرَّجْعَةُ** وَإِنْ كَانَ أَقَل مِنْ عُضْوٍ كَأُصْبُعٍ وَنَحْوِهِ انْقَطَعَتْ.

قَال المُصَنِّفُ: وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ) اعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَذْكُرْ فِي كُتُبِهِ مَوْضِعَ القِيَاسِ هَل هُوَ عُضْوٌ فَمَا فَوْقَهُ أَوْ هُوَ مَا دُونَهُ، وَرُوِيَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي العُضْوِ فَمَا فَوْقَهُ، فَإِنَّ القِيَاسَ أَنْ تَنْقَطِعَ الرَّجْعَةُ لأَنَّهَا غَسَلتْ أَكْثَرَ البَدَنِ، وَللأَكْثَرِ حُكْمُ الكُل فَكَأَنَّهَا أَصَابَ المَاءُ جَمِيعَ البَدَنِ، وَفِي الاسْتِحْسَانِ لا تَنْقَطِعُ لأَنَّ العِدَّةَ بَاقِيَةٌ لِعَدَمِ الطَّهَارَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ فِيمَا دُونَهُ، فَالقِيَاسُ أَنْ تَبْقَى الرَّجْعَةُ لِبَقَاءِ الحَدَثِ، وَالاسْتِحْسَانُ أَنْ تَنْقَطِعَ لأَنَّ مَا دُونَ العُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ.

وَالمُصَنِّفُ أَشَارَ إِلى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَالقِيَاسُ فِي العُضْوِ الكَامِلِ أَنْ لا تَبْقَى الرَّجْعَةُ لأَنَّهَا غَسَلتْ الأَكْثَرَ، وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلى قِيَاسِ أَبِي يُوسُفَ وَبِقَوْلِهِ وَالقِيَاسُ فِيمَا دُونَ العُضْوِ أَنْ لا تَبْقَى لأَنَّ حُكْمَ الجَنَابَةِ وَالحَيْضِ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ وَبَيَّنَ الفَرْقَ بَيْنَ العُضْوِ الكَامِلِ وَمَا دُونَهُ بِقَوْلِهِ إِنَّ مَا دُونَ العُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ فَقُلنَا بِانْقِطَاعِهَا، حَتَّى لوْ تَيَقَّنَتْ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ بِأَنْ مَنَعَتْ قَصْدًا لَمْ تَنْقَطِعْ الرَّجْعَةُ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلى اسْتِحْسَانِ مُحَمَّدٍ.

وَقَال (بِخِلافِ العُضْوِ الكَامِلِ لأَنَّهُ لا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ) فَلمَّا لَمْ يَكُنْ مَبْلُولا عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهُ المَاءُ لِعَدَمِ الغَفْلةِ عَنْهُ عَادَةً فَلا تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلى اسْتِحْسَانِ أَبِي يُوسُفَ، فَانْظُرْ حِذْقَ المُصَنِّفِ فِي هَذَا الإِدْرَاجِ اللطِيفِ الذِي قَلمَا وَقَعَ مِثْلُهُ لِغَيْرِهِ، جَزَاهُ اللهُ عَنْ المُحَصِّلِينَ خَيْرًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ تَرْكَ المَضْمَضَةِ وَالاسْتِنْشَاقِ كَتَرْكِ عُضْوٍ كَامِلٍ) وَالوَاوُ بِمَعْنَى أَوْ لأَنَّ الحُكْمَ فِي كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَلكَ وَهُوَ رِوَايَةُ هِشَامٍ عَنْهُ، وَذَلكَ لأَنَّ حُكْمَ الحَيْضِ بَاقٍ لِكَوْنِهِمَا فَرْضَيْنِ فِي الجَنَابَةِ (وَ) فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى (عَنْهُ) وَهُوَ رِوَايَةُ الكَرْخِيِّ عَنْ مُحَمَّدٍ (هُوَ) أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (بِمَنْزِلةِ مَا دُونَ العُضْوِ لأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلافًا) فَإِنَّ المَضْمَضَةَ وَالاسْتِنْشَاقَ سُنَّتَانِ عِنْدَ مَالكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَكَانَ الاحْتِيَاطُ فِي انْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ (بِخِلافِ غَيْرِهِ مِنْ الأَعْضَاءِ) فَإِنَّهُ

لا خِلافَ لأَحَدٍ فِي فَرْضِيَّته.

(وَمَن طَلَقَ امرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَو وَلدَت مِنهُ وَقَال لم أُجَامِعهَا فَلهُ الرَّجعَة) لأَنَّ الحبَل مَتَى ظَهَرَ فِي مُدَّةٍ يُتَصوَّرُ أَن يكُونَ مِنهُ جُعِل مِنهُ لقَولهِ ﷺ « الوَلدُ للفِرَاش»[1] وَذَلك دَليلُ الوَطءِ مِنهُ وَكذَا إذَا ثَبَتَ نَسَبُ الوَلدِ مِنهُ جُعِل وَاطِئًا، وَإذَا ثَبَتَ الوَطءُ تَأكَّدَ المِلكُ وَالطَّلاقُ فِي مِلكٍ مُتَأَكّدٍ يَعقُبُ الرَّجعَة وَيَبطُلُ زَعمُهُ بِتَكذِيبِ الشَّرعِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَثبُتُ بِهَذَا الوَطءِ الإحصَانُ فَلأَن تَثبُتَ بِهِ الرَّجعَةُ أَولى. وَتَأوِيلُ مَسأَلةِ الوِلادَةِ أَن تَلدَ قَبل الطَّلاقِ، لأَنَّهَا لو وَلدَت بَعدَهُ تَنقَضِي العِدَّةُ بِالوِلادَةِ فَلا تُتَصَوَّرُ الرَّجعَة.

الشرح:

قَال (وَمَنْ طَلَقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَاملٌ أَوْ وَلدَتْ منْهُ **ثُمَّ طَلَقَهَا** وَقَال لَمْ أُجَامِعْهَا **ثُمَّ أَرَادَ الرَّجْعَةَ**) فَلهُ ذَلكَ، وَلا مُعْتَبَرَ بقَوْله لَمْ أُجَامعْهَا لأَنَّهُ ظَهَرَ الحَبَلُ في مُدَّة يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ منْهُ لكَوْن المَسْأَلة مَوْضُوعَةً في ذَلكَ، وَمَتَى ظَهَرَ في مُدَّة يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ منْهُ جُعل منْهُ (لقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « **الوَلَدُ للفرَاش**») الحَديثَ (وَذَلكَ) أَيْ جَعْلُ الحَمْل منْهُ (دَليلُ الوَطْء منْهُ، وَكَذَا إذَا ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَد منْهُ جُعل وَاطئًا) لأَنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ بدُونه (وَإذَا ثَبَتَ الوَطْءُ تَأَكَّدَ الملكُ، وَالطَّلاقُ في ملك مُتَأَكّد يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ) أَنَّهُ لَمْ يُجَامعْهَا (بتَكْذيب الشَّارع) وَفيه بَحْثٌ منْ وَجْهَيْن:

أَحَدُهُمَا أَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ دَلالَةً، وَقَوْلُهُ لَمْ أُجَامعْهَا صَريحٌ، وَالصَّريحُ يَفُوقُ الدَّلالَةَ.

وَالثَّاني أَنَّهُ أَقَرَّ بقَوْله لَمْ أُجَامعْهَا لسُقُوط حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ لهُ، وَتَكْذيبُ الشَّارع لا يَرُدُّهُ، كَمَا لوْ أَقَرَّ بعَيْنٍ لإنْسَان ثُمَّ اشْتَرَاهَا ثُمَّ اُسْتُحقَّتْ منْ يَده ثُمَّ وَصَلتْ إليْه أُمرَ بالتَّسْليم إلى المُقَرِّ لهُ وَإنْ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ الدَّلالَةَ منْ الشَّارع وَالصَّريحَ منْ العَبْد وَدَلالَةَ الشَّارع أَقْوَى لاحْتمَال الكَذب منْ العَبْد دُونَ الشَّارع. وَعَنْ

(١) أخرجه البخاري (٦٧٥٠)، ومسلم في الرضاع (٣٧) عن أبي هريرة.
وأخرجه البخاري (٢٧٤٥)، ومسلم في الرضاع (٣٦) عن عائشة.
وأخرجه أبو داود (٢٢٧٤) عن ابن عمر.
وأخرجه أبو داود (٢٢٧٥) عن عثمان.
وأخرجه الترمذي في الوصايا باب ٥، وابن ماجه (٢٠٠٧) عن أبي أمامة.

الثَّانِي بِأَنَّهُ لَمْ يَتَعلقْ هَهُنَا بِإِقْرَارِهِ حَقُّ الغَيْرِ وَالْمُوجِبُ لِلرَّجْعَةِ وَهُوَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَابِتٌ فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الحُكْمُ لِثُبُوتِ الْمُقْتَضَى وَانْتِفَاءِ المَانِعِ، بِخِلَافِ المُسْتَشْهَدِ بِهِ فَإِنَّ المَانِعَ ثَمَّ مَوْجُودٌ وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (أَلَا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ وَالطَّلَاقُ فِي مِلْكٍ مُتَأَكِّدٍ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَبَيَانُ الأَوْلَوِيَّةِ أَنَّ الإِحْصَانَ لَهُ مَدْخَلٌ فِي وُجُودِ العُقُوبَةِ وَمَعَ هَذَا يَثْبُتُ بِهَذَا الوَطْءِ (فَلأَنْ يَثْبُتَ بِهِ الرَّجْعَةُ) الَّتِي لَيْسَتْ فِيهَا جِهَةُ العُقُوبَةِ (أَوْلَى) وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُ مَسْأَلَةِ الوِلَادَةِ) ظَاهِرٌ.

قَالَ: (فَإِن خَلَا بِهَا وَأَغلقَ بَابًا أَو أَرخَى سِترًا وَقَالَ لم أُجَامِعهَا ثُمَّ طَلقَهَا لم يَملك الرَّجعَة) لأَنَّ تَأَكُّدَ المِلكِ بِالوَطءِ وَقَد أَقرَّ بِعدَمِهِ فَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفسِهِ وَالرَّجعَة حَقُّهُ وَلَم يَصِر مُكَذَّبًا شَرعًا، بِخِلَافِ المَهرِ لأَنَّ تَأَكُّدَ المَهرِ المُسَمَّى يُبتَنَى عَلَى تَسلِيمِ المُبدَل لا عَلَى القَبضِ، بِخِلَافِ الفَصل الأَوَّل.

الشرح:

(فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَى سِتْرًا) عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الطَّلَاقِ بِكَلِمَةِ أَوْ، وَعَلَى رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَأَرْخَى سِتْرًا بِالوَاوِ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ (ثُمَّ قَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا ثُمَّ طَلقَهَا لَمْ يَمْلكْ الرَّجْعَةَ لأَنَّ تَأَكُّدَ المِلكِ بِالوَطْءِ وَقَدْ أَقَرَّ بِعَدَمِهِ فَيُصْدَقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا لِوُجُوبِ كَمَالِ المَهْرِ وَلَا يَجِبُ المَهْرُ كَامِلًا إِلَّا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَمْ يَصِرْ مُكَذَّبًا شَرْعًا لأَنَّ تَأَكُّدَ المَهْرِ المُسَمَّى يُبْتَنَى عَلَى تَسْلِيمِ المُبْدَلِ لَا عَلَى القَبْضِ) وَمَعْنَاهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مُكَذَّبًا شَرْعًا أَنْ لَوْ كَانَ كَمَالُ المَهْرِ مُسْتَلزِمًا لِلقَبْضِ وَهُوَ الوَطْءُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَلزِمٌ لِتَسْلِيمِ المُبْدَلِ وَقَدْ حَصَلَ بِالخَلوَةِ الصَّحِيحَةِ، إِذْ التَّسْلِيمُ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ المَوَانِعِ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَيَقْدِرُ المُسْلَمُ إِلَيْهِ عَلَى أَنْ يَقْبِضَهُ وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ وَالتَّسْلِيمُ غَيْرُ مُسْتَلزِمٍ لِلقَبْضِ فَلَا يَلزَمُ التَّكْذِيبُ (بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ) لأَنَّ الحَمْلَ وَثُبُوتَ النَّسَبِ يَسْتَلزِمُ القَبْضَ فَيَلزَمُ التَّكْذِيبُ.

(فَإِن رَاجَعَهَا) مَعنَاهُ بَعدَمَا خَلَا بِهَا وَقَالَ لم أُجَامِعهَا (ثُمَّ جَاءَت بِوَلَدٍ لأَقَل مِن سَنَتَينِ بِيَومٍ صَحَّت تِلكَ الرَّجعَة) لأَنَّهُ يَثبُتُ النَّسَبُ مِنهُ إذ هِيَ لم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ

وَالوَلَدُ يَبقَى فِي البَطنِ هَذِهِ المُدَّةَ فَأنزل وَاطِئًا قَبل الطَّلاقِ دُونَ مَا بَعدَهُ لأنَّ عَلى اعتِبَارِ الثَّانِي يَزُولُ المِلكُ بِنَفسِ الطَّلاقِ لعَدَمِ الوَطءِ قَبلهُ فَيَحرُمُ الوَطءُ وَالمُسلمُ لا يَفعَلُ الحَرَامَ

الشرح:

(فَإِنْ رَاجَعَهَا بَعْدَمَا خَلا بِهَا وَقَال لَمْ أُجَامِعْهَا) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ لا يَمْلكُهَا (ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلدِ لأَقَل مِنْ سَنَتَيْنِ بِيَوْمِ صَحَّتْ تلكَ الرَّجْعَةُ) أَيْ الرَّجْعَةُ السَّابقَةُ (لأَنَّ النَّسَبَ ثَابتٌ مِنْهُ لعَدَمِ الإِقْرَارِ مِنْهَا بِانْقضَاءِ العدَّة) وَلاحْتمَال المُدَّة (فَإِنَّ الوَلدَ يَبْقى فِي البَطْنِ هَذه المُدَّةَ وَلا يَكُونُ ذَلكَ إلا بِالدُّخُول فَأَنْزَل وَاطئًا قَبْل الطَّلاق دُونَ مَا بَعْدَهُ) لأَنَّ فيمَا بَعْدَهُ يَكُونُ الوَطْءُ حَرَامًا لزَوَال المِلك بِنَفْسِ الطَّلاق: يَعْنِي إلا إلى عدَّة لأَنَّ الفَرْضَ عَدَمُ الوَطْءِ قَبْلهُ لأَنَّهُ أَنْكَرَهُ بَعْدَ الخَلوَة وَالمُسْلمُ لا يَفْعَلُ الحَرَامَ، وَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً قَبْل الطَّلاق كَانَ الطَّلاقُ بَعْدَ الدُّخُول وَذَلكَ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ فَكَانَتْ الرَّجْعَةُ صَحِيحَةً.

(فَإِن قَال لهَا إذَا وَلدت فَأَنتِ طَالقٌ فَوَلدَت ثُمَّ أَتَت بِوَلدٍ آخَرَ فَهِيَ رَجعَةٌ) مَعنَاهُ مِن بَطنٍ آخَرَ وَهُوَ أَن يَكُونَ بَعدَ ستَّةِ أشهرٍ وَإِن كَانَ أَكثَرَ مِن سَنَتَينِ إذَا لم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ لأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلاقُ عَليهِ بِالوَلدِ الأَوَّل وَوَجَبَت العِدَّةُ فَيَكُونُ الوَلدُ الثَّانِي مِن عَلُوقٍ حَادِثٍ مِنهُ فِي العِدَّةِ لأَنَّهَا لم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ فَيَصِيرُ مُرَاجِعًا.

الشرح:

قَال (فَإِنْ قَال لهَا إذَا وَلدْت فَأَنْت طَالقٌ) وَمَنْ **عَلقَ طَلاقَ امْرَأَته بولادَتهَا فَوَلدَتْ وَلدًا ثُمَّ وَلدَتْ وَلدًا**، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الوَلدَيْنِ ستَّةُ أَشْهُرٍ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّاني فَالولادَةُ الثَّانيَةُ لا تَكُونُ دَليل الرَّجْعَة فَيَكُونُ الطَّلاقُ قَدْ وَقَعَ بِالوَلد الأَوَّل وَانْقَضَتْ العدَّةُ بالوَلد الثَّاني، وَمَا ثَمَّ دَليلٌ عَلى أَنَّهُ وَطئَهَا بَعْدَ الوَلد الأَوَّل فَلا يَثْبُتُ به الرَّجْعَةُ وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكتَاب فَهِيَ رَجْعَةٌ لأَنَّ الولادَةَ الثَّانيَةَ رَجْعَةٌ، وَوَجْهُهُ مَا ذُكرَ فِي الكتَاب وَهُوَ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ منْ سَنَتَيْن) إنْ للوَصْل: أَيْ لمَا كَانَ بَيْنَ الوَلدَيْنِ ستَّةُ أَشْهُرٍ لا تَفَاوُتَ بَعْدَ ذَلكَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الولادَةُ الثَّانيَةُ فِي أَقَل منْ سَنَتَيْنِ وَبَيْنَ أَنْ تَكُونَ أَكْثَرَ منْ ذَلكَ فِي ثُبُوت الرَّجْعَة لأَنَّ الوَلدَ الثَّانيَ مُضَافٌ إلى عُلُوقٍ حَادثٍ لا مَحَالةَ وَهُوَ بِالوَطْءِ بَعْدَ الطَّلاقِ وَكَانَ رَجْعَةً.

(وَإِن قَال كلمَا وَلدت وَلدًا فَأَنتِ طَالقٌ فَوَلدَت ثَلاثَةَ أَولادٍ فِي بُطُونٍ مُختَلفَةٍ فَالولدُ الأَوَّلُ طَلاقٌ وَالوَلدُ الثَّانِي رَجعَةٌ وَكذَا الثَّالثُ) لأَنَّهَا إذَا جَاءَت بِالأَوَّل وَقَعَ الطَّلاقُ وَصَارَت مُعتَدَّةً، وَبِالثَّانِي صَارَ مُرَاجِعًا لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَجعَلُ العلُوقَ بِوَطءٍ حَادِثٍ فِي العِدَّةِ وَيَقَعُ الطَّلاقُ الثَّانِي بِوِلادَةِ الوَلدِ الثَّانِي لأَنَّ اليَمِينَ مَعقُودَةٌ بِكلمَةِ كُلمَا وَوَجبَت العِدَّةُ، وَبِالوَلدِ الثَّالثِ صَارَ مُرَاجِعًا لمَا ذَكرنَا، وَتَقَعُ الطَّلقَةُ الثَّالثَةُ بِوِلادَةِ الثَّالثِ وَوَجبَت العِدَّةُ بِالأَقرَاءِ لأَنَّهَا حَائِلٌ مِن ذَوَاتِ الحَيضِ حِينَ وَقَعَ الطَّلاقُ.

الشرح:

(وَإِنْ قَالَ كُلمَا وَلدْت وَلدًا فَأَنْت طَالقٌ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلاقُ عَليْهَا بِالوَلد الأَوَّل إلخْ.

(وَالمُطَلقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) لأَنَّهَا حَلالٌ للزَّوْجِ إذْ النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ الرَّجْعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ وَالتَّزَيُّنُ حَامِلٌ لهُ عَليْهَا فَيَكُونُ مَشْرُوعًا (وَيُسْتَحَبُّ لزَوْجِهَا أَنْ لا يَدْخُل عَليْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْليْه) مَعْنَاهُ إذَا لمْ يَكُنْ مِنْ قَصْده المُرَاجَعَةُ لأَنَّهَا رُبَّمَا تَكُونُ مُتَجَرِّدَةً فَيَقَعُ بَصَرُهُ عَلى مَوْضِعٍ يَصِيرُ بِهِ مُرَاجِعًا ثُمَّ يُطَلقُهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَليْهَا (وَليْسَ لهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُشْهِدَ عَلى رَجْعَتِهَا) وَقَال زُفَرُ رَحْمَةُ الله تَعَالى عَليْهِ: لهُ ذَلكَ لقِيَامِ النِّكَاحِ، وَلهَذَا لهُ أَنْ يَغْشَاهَا عِنْدَنَا.

وَلنَا قَوله تَعَالى ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق:١]، وَلأَنَّ تَرَاخِيَ عَمَل المُبطِل لحَاجَتِهِ إلى المُرَاجَعَةِ، فَإِذَا لم يُرَاجِعهَا حَتَّى انقَضَت العِدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لا حَاجَةَ لهُ فَتَبَيَّنَ أَنَّ المُبطِل عَمَل عَمَلهُ مِن وَقتِ وُجُودِهِ وَلهَذَا تُحتَسَبُ الأَقرَاءُ مِن العِدَّةِ فَلم يَملك الزَّوجُ الإِخرَاجَ إلا أَن يُشهِدَ عَلى رَجعَتِهَا فَتَبطُلُ العِدَّةُ وَيَتَقَرَّرُ مِلكُ الزَّوجِ. وَقَولُهُ حَتَّى يُشهِدَ عَلى رَجعَتِهَا مَعنَاهُ الاستِحبَابُ عَلى مَا قَدَّمنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمُطَلقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) التَّشَوُّفُ خَاصٌّ فِي الوَجْهِ وَالتَّزَيُّنُ عَامٌّ تَفَعُّلٌ مِنْ شُفْت الشَّيْءَ جَلوْته وَدِينَارٌ مَشُوفٌ: أَيْ مَجْلُوٌّ وَهُوَ أَنْ تَجْلُوَ المَرْأَةُ وَجْهَهَا وَتَصْقُل خَدَّيْهَا. وَقَوْلُهُ إذْ النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا) يَدُلُّ عَليْه أَنَّ التَّوَارُثَ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا وَكَذَلكَ جَمِيعُ أَحْكَامِ النِّكَاحِ قَائِمٌ وَلهَذَا لوْ قَال كُلُّ امْرَأَةٍ لي طَالقٌ تَدْخُلُ هَذِه المُطَلقَةُ

فِيهِ وَيَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلاقُ. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا بَيْنَهُمَا لجَازَ أَنْ يُسَافِرَ بهَا كَالتي فِي نِكَاحِهِ وَلَيْسَ كَذَلكَ عَلى مَا نَذْكُرُهُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ امْتَنَعَ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ فَإِنَّهُ نَزَل فِي الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ بِدَليل قَوْله تَعَالى ﴿ لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴾ أيْ لعَلهُ يَبْدُو لهُ فَيُرَاجِعَهَا وَالمُسَافرَةُ بِهَا إخْرَاجٌ مِنْ البَيْتِ فَيَكُونُ مَنْهِيًّا عَنْهَا. فَإِنْ قِيل: لَمَا لا يَكُونُ نَفْسُ المُسَافَرَةِ دَليلا عَلى الرَّجْعَة.

أُجِيبَ بِأَنَّ الإِخْرَاجَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ وَالرَّجْعَةَ مَنْدُوبٌ إليْهَا وَهُمَا مُتَنَافِيَان. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ تَرَاخِيَ عَمَل المُبْطِل) دَليلٌ مَعْقُولٌ عَلى عَدَمِ جَوَازِ المُسَافَرَةِ بهَا قَبْل الرَّجْعَة، وَتَقْرِيرُهُ تَرَاخِي عَمَل المُبْطِل وَهُوَ الطَّلاقُ لحَاجَة الزَّوْجِ إلى المُرَاجَعَة وَلا حَاجَةَ لهُ إليْهَا فَلا تَرَاخِيَ. أَمَّا أَنَّ التَّرَاخِيَ كَذَلكَ فَقَدْ عُلمَ ممَّا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا عَدَمُ حَاجَته إليْهَا فَلأَنَّهُ إذَا لمْ يُرَاجعْهَا حَتَّى انْقَضَتْ المُدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لا حَاجَةَ لهُ إليْهَا، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ كَلامَهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ المُسَافَرَةَ لا تَجُوزُ إذَا انْقَضَتْ المُدَّةُ وَلمْ يُرَاجعْهَا، وَأَمَّا إذَا سَافَرَ بهَا وَهِيَ فِي العدَّة فَلَيْسَ فيه دَلالَةٌ عَلى عَدَمِ جَوَازِ ذَلكَ وَالكَلامِ فِيه. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إنَّمَا يَرِدُ أَنْ لوْ كَانَ المُرَادُ بالمُدَّة العدَّةَ.

وَأَمَّا إذَا أُرِيدَ بهَا مُدَّةُ الإقَامَة فَلا يَرِدُ، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ عَمَل المُبْطِل أُخِّرَ إلى انْقضَاءِ العدَّة بِالإِجْمَاعِ دُونَ مُدَّة الإقَامَة، وَلعَل الصَّوَابَ أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ المُسَافَرَة أَيْضًا يَثْبُتُ بِالتَّبْيِينِ كَعَمَل المُبْطِل؛ وَإِذَا ظَهَرَ عَدَمُ الحَاجَة تَبَيَّنَ أَنَّ المُبْطِل عَمَلُ عَمَله منْ وَقْت وُجُوده؛ وَلهَذَا يَحْتَسِبُ الأَقْرَاء منْ العدَّة، وَلوْ كَانَ عَمَلُ المُبْطِل مُقْتَصِرًا عَلى انْقضَاءِ العدَّة لَمَا احْتَسَبَ الأَقْرَاءَ المَاضيَةَ منْ العدَّة كَمَا لمْ تُحْتَسَبْ فِي قَوْله إذَا حضْت فَأَنْت طَالقٌ فَإِنَّ تلكَ الحَيْضَةَ غَيْرُ مُحْتَسَبَة منْ العدَّة لأَنَّهُ شَرْطُ وُقُوعِ الطَّلاق، وَإِذَا لمْ يَقْتَصرْ عَمَلُ المُبْطِل عَلى وَقْت انْقضَاء العدَّة بَل كَانَ منْ وَقْت وُقُوعِ الطَّلاق كَانَتْ المُطَلقَةُ الرَّجْعيَّةُ بمَنْزِلة المَبْتُوتَة تَقْديرًا حينَ لمْ يُرِدْ الرَّجْعَةَ فَكَأَنَّمَا أَنَّهُ لا يَمْلكُ إخْرَاجَ المَبْتُوتَة إلى السَّفَرِ فَكَذَلكَ لا يَمْلكُ إخْرَاجَ المُطَلقَة الرَّجْعيَّة إلا أَنْ يَشْهَدَ عَلى رَجْعَتهَا فَتَبْطُل العدَّةُ وَيَتَقَرَّرُ ملكُ النِّكَاحِ. وَقَوْلُهُ عَلى مَا قَدَّمْنَا) يَعْني فِي أَوَائل البَاب حَيْثُ قَال: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهدَ عَلى الرَّجْعَة شَاهدَيْن، وَإِنْ لمْ يُشْهدْ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ

(وَالطَّلاقُ الرَّجعِيُّ لا يُحرِّمُ الوَطءَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَرِّمُهُ لأنَّ

الزَّوجِيَّة زَائِلة لوُجُودِ القَاطِعِ وَهُوَ الطَّلاقُ. وَلنَا أَنَّهَا قَائِمَة حتَّى يَملكَ مُرَاجعَتَهَا مِن غَيرِ رِضَاهَا لأنَّ حَقَّ الرَّجعَة ثَبَتَ نَظَرًا للزَّوجِ ليُمكِنَهُ التَّدارُكُ عِندَ اعتِرَاضِ النَّدَمِ، وَهَذَا المَعنَى يُوجِبُ استِبدَادَهُ بِهِ، وَذَلكَ يُؤذِنُ بِكَونِهِ استِدَامَة لا إنشَاءَ إذ الدَّليلُ يُنَافِيهِ وَالقَاطِعُ أَخَّرَ عِلمَهُ إلى مُدَّةٍ إجمَاعًا أَو نَظَرًا لهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاَللهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَالطَّلاقُ الرَّجْعِيُّ لا يُحَرِّمُ الوَطْءَ. وَقَال الشَّافعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَرِّمُهُ لأَنَّ حل الوَطْءِ بِالزَّوْجِيَّة وَالزَّوْجِيَّةُ زَائِلةٌ لوُجُود القَاطِعِ وَهُوَ الطَّلاقُ. وَلنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَائِمَةٌ وَلِهَذَا يَمْلكُ مُرَاجَعَتَهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا) بالاتِّفَاق، وَلوْ كَانَتْ زَائِلةً لكَانَتْ أَجْنَبِيَّةً فَلمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ بِدُون رِضَاهَا، وَهَذَا المِقْدَارُ كَانَ كَافِيًا فِي الاسْتِدْلال لكِنَّهُ اسْتَظْهَرَ بِقَوْلِهِ لأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَة يَثْبُتُ نَظَرًا للزَّوْجِ لِيُمْكِنَهُ التَّدارُكُ عِنْدَ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ.

وَهَذَا المَعْنَى: أَيْ ثُبُوتُهُ نَظَرًا لهُ يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ: أَيْ بِالرَّجْعَة بِتَأْوِيل الرُّجُوعِ إِذْ لوْ لمْ يَكُنْ مُسْتَبِدًّا بِهِ لَمَا تَمَّ النَّظَرُ لأَنَّهُ قَدْ لا تَرْضَى المَرْأَةُ بِالرَّجْعَة فَحَقُّ الرَّجْعَة يُوجِبُ اسْتِبْدَادَ الزَّوْجِ بِالرَّجْعَةِ (وَاسْتِبْدَادُهُ بِذَلكَ يُؤْذِنُ بِكَوْنِه اسْتِدَامَةً لا إِنْشَاءً) إِذْ الدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلى الاسْتِبْدَادِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ القِيَاسِ يُنَافِي أَنْ تَكُونَ الرَّجْعَةُ إِنْشَاءً لأَنَّ الزَّوْجَ لا يَسْتَبِدُّ بِهِ وَالاسْتِدَامَةُ لا تَتَحَقَّقُ إلا فِي القَائِمِ وَكَانَتْ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً. وَقَوْلُهُ (وَالقَاطِعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لوُجُودِ القَاطِعِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ وُجُودَ القَاطِعِ لا يُنَافِي قِيَامَ الزَّوْجِيَّةِ لأَنَّهُ أَخَّرَ عَمَلهُ إلى مُدَّة إِجْمَاعًا أَوْ نَظَرًا لهُ عَلى مَا تَقَدَّمَ: يَعْنِي قَوْلهُ يَثْبُتُ للزَّوْجِ نَظَرًا لهُ فَكَانَ كَالبَيْعِ الذِي فِيهِ الخِيَارُ تَأَخَّرَ عَمَلُ البَيْعِ فِي اللُّزُومِ إلى مُدَّةٍ نَظَرًا لِمَنْ لهُ الخِيَارُ.

فصل فيما تحل به المطلقة

(وَإِذَا كَانَ الطَّلاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلاثِ فَلهُ أَن يَتَزَوَّجهَا فِي العِدَّةِ وَبَعدَ انقِضَائِهَا) لأنَّ حِل المَحَليَّةِ بَاقٍ لأنَّ زَوَالهُ مُعَلقٌ بِالطَّلقَةِ الثَّالثَةِ فَيَنعَدِمُ قَبلهُ، وَمَنعُ الغَيرِ فِي العِدَّةِ لاشتِبَاهِ النَّسَبِ وَلا اشتِبَاهَ فِي إطلاقِهِ

الشرح:

(فَصلٌ فِيمَا تَحِلُّ بِهِ المُطَلقَةُ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ مَا يُتَدَارَكُ بِهِ الطَّلاقُ الرَّجْعِيُّ

ذَكَرَ مَا يُتَدَارَكُ بِهِ غَيْرُهُ مِنْ الطَّلَقَاتِ فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ (**وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَ انْقِضَائِهَا** لِأَنَّ حِلَّ الْمَحَلِّيَّةِ) وَهُوَ كَوْنُهَا آدَمِيَّةً لَيْسَتْ مِنْ الْمُحَرَّمَاتِ (بَاقٍ لِأَنَّ زَوَالَهُ مُعَلَّقٌ بِالطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ ﴾ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ مَعْدُومٌ قَبْلَهُ. وَرُدَّ بِأَنَّ الشَّرْطَ يُوجِبُ الْوُجُودَ عِنْدَ الْوُجُودِ دُونَ الْعَدَمِ عِنْدَ الْعَدَمِ عِنْدَنَا. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَعْدُومٌ بِعَدَمِهِ الْأَصْلِيِّ إذْ الْعِلَّةُ لَمْ تَصِرْ عِلَّةً بَعْدُ، وَإِذَا كَانَ حِلُّ الْمَحَلِّ بَاقِيًا جَازَ نِكَاحُهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَ انْقِضَائِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٣٥] نَهَى عَنْ **الْعَزْمِ عَلَى نِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ** مُطْلَقًا، وَالتَّعْلِيلُ فِي مُقَابَلَتِهِ بَاطِلٌ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَمَنْعُ الْغَيْرِ فِي الْعِدَّةِ لِاشْتِبَاهِ النَّسَبِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْآيَةِ مَنْعُ الْغَيْرِ عَنْ الْعَزْمِ عَلَى نِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ لِأَنَّ الْمَانِعَ اشْتِبَاهُ النَّسَبِ وَلَا اشْتِبَاهَ فِي إطْلَاقِهِ: أَيْ فِي تَجْوِيزِ نِكَاحِ مُعْتَدَّتِهِ، إذْ الِاشْتِبَاهُ إنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمِيَاهِ وَذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ فِي مُعْتَدَّةِ الْغَيْرِ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِالصَّغِيرَةِ وَالْآيِسَةِ وَعِدَّةِ الْوَفَاةِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَمُعْتَدَّةِ الصَّبِيِّ وَالْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ فَإِنَّهُ لَا اشْتِبَاهَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ، وَلَا يَجُوزُ التَّزَوُّجُ فِي الْعِدَّةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بَيَانُ الْحِكْمَةِ وَحِكْمَةُ الْحُكْمِ تُرَاعَى فِي الْجِنْسِ لَا فِي كُلِّ فَرْدٍ، لَا بَيَانُ الْعِلَّةِ لِوُجُودِ التَّخَلُّفِ فِيمَا ذُكِرَ مِنْ الصُّوَرِ.

وَأَقُولُ كَمَا ذَكَرْتَ: اشْتِبَاهُ النَّسَبِ مَانِعٌ عَنْ جَوَازِ النِّكَاحِ فِي عِدَّةِ الْغَيْرِ وَهَذَا صَادِقٌ. وَأَمَّا أَنَّهُ مُلْزِمٌ جَوَازَهُ إذَا عُدِمَ هَذَا الْمَانِعُ فَلَيْسَ بِلَازِمٍ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ ثَمَّةَ مَانِعٌ آخَرُ وَهُوَ جِهَةُ التَّعَبُّدِ.

(وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ أَوْ ثِنْتَيْنِ فِي الْأَمَةِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ **[البقرة: ٢٣٠] فَالْمُرَادُ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ، وَالثِّنْتَانِ فِي حَقِّ الْأَمَةِ كَالثَّلَاثِ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ، لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ لِحِلِّ الْمَحَلِّيَّةِ عَلَى مَا عُرِفَ ثُمَّ الْغَايَةُ نِكَاحُ الزَّوْجِ مُطْلَقًا، وَالزَّوْجِيَّةُ الْمُطْلَقَةُ إنَّمَا تَثْبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَشَرْطُ الدُّخُولِ ثَبَتَ بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهُوَ أَنْ يُحْمَلَ النِّكَاحُ عَلَى الْوَطْءِ حَمْلًا**

للكَلامِ عَلَى الإِفَادَةِ دُونَ الإِعَادَةِ إذ العَقدُ أُستُفِيدَ بِإِطلاقِ اسمِ الزَّوجِ أَو يُزَادَ عَلَى النَّصِّ بِالحَدِيثِ المَشهُورِ، وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « لا تَحِلُّ للأَوَّل حَتَّى تَذُوقَ عُسَيلَةَ الآخَرِ»[1] رُوِيَ بِروَايَاتٍ، وَلا خِلافَ لأَحَدٍ فِيهِ سِوَى سَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ. وَقَولُهُ غَيرُ مُعتَبَرٍ حَتَّى لو قَضَى بِهِ القَاضِي لا يَنفُذُ، وَالشَّرطُ الإِيلاجُ دُونَ الإِنزَال لأَنَّهُ كَمَالٌ وَمُبَالغَةٌ فِيهِ وَالكَمَالُ قَيدٌ زَائِدٌ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَ الطَّلاقُ ثَلاثًا فِي الحُرَّةِ أَوْ ثِنْتَيْنِ فِي الأَمَةِ لَمْ تَحِل للزَّوْجِ الأَوَّل حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُل بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا لقَوْله تَعَالى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾) وَالمُرَادُ بقَوْله تَعَالى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ الطَّلْقَةُ الثَّالثَةَ عنْدَ أَكْثَرِ أَهْل التَّأْويل (وَالثِّنْتَان في الأَمَة كَالثَّلاث فِي حَقِّ الحُرَّة لأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ لحِل المَحَليَّة) لكَوْنه نعْمَةً وَالعُقْدَةُ الوَاحدَةُ لا تَتَجَزَّأُ فَكَمُلتْ عَلى مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا يَجبُ أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ صَحِيحًا لأَنَّ الغَايَةَ نِكَاحُ زَوْجٍ آخَرَ مُطْلقًا حَيْثُ لَمْ يُقَيَّدْ بِصِحَّةٍ وَلا فَسَادٍ، وَالمُطْلقُ يَنْصَرِفُ إلى الكَامِل عَلى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول.

(وَالزَّوْجِيَّةُ المُطْلقَةُ) أَيْ الكَاملةُ (إِنَّمَا تَثْبُتُ بِنكَاحٍ صَحِيحٍ) وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ الدُّخُولُ بهَا إمَّا بِإِشَارَةِ الكِتَاب عَلى مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ وَهُوَ طَرِيقَةُ بَعْضِ المَشَايِخ وَهُوَ أَنْ يُحْمَل النِّكَاحُ فِي قَوْله تَعَالى ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ ﴾ عَلى الوَطْءِ حَمْلا للكَلامِ عَلى الإِفَادَة دُونَ الإِعَادَة، فَإِنَّ العَقْدَ اُسْتُفِيدَ بِإِطْلاق اسْمِ الزَّوْجِ فِي قَوْله ﴿ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾، فَلوْ حَمَلنَا النِّكَاحَ عَلى العَقْد كَانَ ذَلكَ تَأْكِيدًا وَالتَّأْسِيسُ أَوْلى مِنْ التَّأْكِيد، وَأَمَّا بِالحَدِيث المَشْهُورِ وَهُوَ حَدِيثُ رِفَاعَةَ بْنِ وَهْبِ القُرَظِيِّ «طَلقَ امْرَأَتَهُ فِي عَهْد رَسُول الله ﷺ وَهِيَ تَمِيمَةُ، وَقِيل عَائِشَةُ بِنْتُ عَبْد الرَّحْمَنِ بْنِ عَتِيكٍ فَتَزَوَّجَتْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ القُرَظِيَّ ثُمَّ طَلقَهَا فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ وَقَالتْ: يَا رَسُول الله إنَّ رِفَاعَةَ طَلقَنِي فَبَتَّ طَلاقِي، وَإِنِّي نَكَحْت بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ القُرَظِيَّ، وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الهُدْبَة، فَقَال رَسُولُ الله ﷺ: **لعَلك تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إلى رِفَاعَةَ، لا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلتَهُ وَيَذُوقَ**

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٦١)، ومسلم في النكاح (١١٥) عن عائشة.

غُسَيْلَتَك» وَقَدْ رُوِيَ بِرِوَايَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ فِي بَعْضِهَا بِلَفْظِ الغَيْبَةِ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَفِي بَعْضِهَا بِلَفْظِ الخِطَابِ كَمَا رُوِيَتْ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي كُتُبِ الأُصُولِ، وَهُوَ حَدِيثٌ مَشْهُورٌ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ بِهِ عَلَى الكِتَابِ وَنَسْخِ إطْلَاقِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ عَلَى الوَجْهِ الأَتَمِّ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ.

(وَلا خِلافَ لأَحَدٍ فِيهِ) أَيْ فِي اشْتِرَاطِ الدُّخُولِ سِوَى سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ بِشْرٍ المَرِيسِيِّ. وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ) لأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلحَدِيثِ المَشْهُورِ وَلِهَذَا (إِذَا قَضَى القَاضِي بِهِ) أَيْ بِقَوْلِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ (لا يَنْفُذُ، وَالشَّرْطُ الإِيلاجُ دُونَ الإِنْزَالِ؛ لأَنَّ الإِنْزَالَ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ) أَيْ فِي الدُّخُولِ، وَالكَمَالُ قَيْدٌ لا يَثْبُتُ إلا بِدَلِيلٍ وَلا دَلِيلَ عَلَيْهِ، بَلِ الدَّلِيلُ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِهِ لأَنَّهُ ذَكَرَ العُسَيْلَةَ وَهِيَ تَصْغِيرُ العَسِيلَةِ وَهِيَ كِنَايَةٌ عَنْ إِصَابَةِ حَلاوَةِ الجِمَاعِ وَهِيَ تَحْصُلُ بِالإِيلاجِ، وَكَانَ التَّصْغِيرُ دَالًّا عَلَى عَدَمِ الشِّبَعِ بِالإِنْزَالِ.

(وَالصَّبِيُّ المُرَاهِقُ فِي التَّحلِيلِ كَالبَالِغِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُوَ الشَّرطُ بِالنَّصِّ، وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِيهِ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا بَيَّنَّاهُ. وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلامٌ لم يَبلُغ وَمِثلُهُ يُجَامِعُ جَامَعَ امرَأَتَهُ وَجَبَ عَلَيهَا الغُسلُ وَأَحَلَّهَا عَلَى الزَّوجِ الأَوَّلِ، وَمَعنَى هَذَا الكَلامِ أَن تَتَحَرَّكَ آلَتُهُ وَيَشتَهِي، وَإِنَّمَا وَجَبَ الغُسلُ عَلَيهَا لالتِقَاءِ الخِتَانَينِ وَهُوَ سَبَبٌ لِنُزُولِ مَائِهَا وَالحَاجَةِ إِلَى الإِيجَابِ فِي حَقِّهَا، أَمَّا لا غُسلَ عَلَى الصَّبِيِّ وَإِن كَانَ يُؤمَرُ بِهِ تَخَلُّقًا قَالَ (وَوَطءُ المَولَى أَمَتَهُ لا يُحِلُّهَا) لأَنَّ الغَايَةَ نِكَاحُ الزَّوجِ.

الشرح:

(وَمَالِكٌ يُخَالِفُنَا فِيهِ) أَيْ فِي اشْتِرَاطِ الإِيلاجِ دُونَ الإِنْزَالِ، وَيَشْتَرِطُ الإِنْزَالَ وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنْ البَالِغِ فَلا يَكُونُ الصَّبِيُّ المُرَاهِقُ كَالبَالِغِ فِي إِفَادَةِ التَّحْلِيلِ (وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّاهُ) أَنَّ الإِنْزَالَ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ وَهُوَ قَيْدٌ لا دَلِيلَ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ (فَسَّرَهُ) أَيْ المُرَاهِقُ (فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلامٌ لَمْ يَبْلُغْ إلخْ) وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَوَطْءُ المَوْلَى أَمَتَهُ لا يُحِلُّهَا) إذَا طَلَّقَ **امْرَأَةً ثِنْتَيْنِ وَهِيَ أَمَةُ الغَيْرِ فَوَطِئَهَا المَوْلَى بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ** لَمْ تَحِلَّ لِلزَّوْجِ الأَوَّلِ لأَنَّ غَايَةَ الحُرْمَةِ نِكَاحُ الزَّوْجِ وَالمَوْلَى لا

يُسَمَّى زَوْجًا. قَال فِي شَرْحِ الأَقْطَعِ: رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ سُئِل عَنْ ذَلكَ وَعِنْدَهُ عَليٌّ وَزَيْدُ ابْنُ ثَابتٍ فَرَخَّصَ فِي ذَلكَ عُثْمَانُ وَزَيْدٌ وَقَالا: هُوَ زَوْجٌ، فَقَامَ عَليٌّ مُغْضَبًا كَارِهًا لَمَا قَالا وَقَال: ليْسَ بِزَوْجٍ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرطِ التَّحليل فَالنِّكَاحُ مَكرُوهٌ) لقَولِهِ ﷺ « لعَنَ اللهُ المُحَلل وَالمُحَلل لهُ»[1] وَهَذَا هُوَ مَحملُهُ (فَإِن طَلقَهَا بَعدَمَا وَطِئَهَا حَلت للأَوَّل) لوُجُودِ الدُّخُول فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ إذ النِّكَاحُ لا يَبطُلُ بِالشَّرطِ وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفسِدُ النِّكَاحَ لأَنَّهُ فِي مَعنَى المُؤَقَّتِ فِيهِ وَلا يُحِلُّهَا عَلى الأَوَّل لفَسَادِهِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ لمَا بَيَّنَّا، وَلا يُحِلُّهَا عَلى الأَوَّل لأَنَّهُ استَعجَل مَا أَخَّرَهُ الشَّرعُ فَيُجَازَى بِمَنعِ مَقصُودِهِ كَمَا فِي قَتل المُوَرِّثِ.

الشرح:

(وَلوْ تَزَوَّجهَا بِشَرْط التَّحْليل) بِأَنْ قَال **تَزَوَّجْتُك عَلى أَنْ أُحلك أَوْ قَالتْ المَرْأَةُ ذَلكَ** (فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ لقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « **لعَنَ اللهُ المُحَلل وَالمُحَلل لهُ**») فَإِنَّ مَحْمَلهُ اشْترَاطُ التَّحْليل فِي العَقْد كَمَا ذَكَرْنَا، إذْ لوْ أَضْمَرَ ذَلكَ فِي قَلبه لمْ يَسْتَحِقَّ اللعْنَ. وَقيل مَعْنَى قَوْله هُوَ مَحْمَلُهُ الكَرَاهَةُ مَحْمَلُ الحَديث لإِفْسَاده (فَإِنْ طَلقَهَا) يَعْني الذي شَرَطَ التَّحْليل (بَعْدَمَا وَطِئَهَا حَلتْ للأَوَّل لوُجُود الدُّخُول فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، إذْ النِّكَاحُ لا يَبْطُلُ بالشَّرْط.

وَعَنْ أَبي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفْسدُ النِّكَاحَ لأَنَّهُ فِي مَعْنَى المُوَقَّت) كَأَنَّهُ قَال تَزَوَّجْتُك إلى وَقْت كَذَا (وَلا يُحِلُّهَا عَلى الزَّوْجِ الأَوَّل لفَسَاده) فَإِنَّ منْ شُرُوط التَّحْليل صحَّةَ النِّكَاحِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ يَصحُّ النِّكَاحُ لمَا بَيَّنَّا) أَنَّ النِّكَاحَ لا يَبْطُلُ بالشُّرُوط الفَاسدَة (وَلا يُحِلُّهَا عَلى الأَوَّل لأَنَّهُ اسْتَعْجَل مَا أَخَّرَهُ الشَّرْعُ) لأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ العُمُر فَيَقْتَضي الحِل عَلى الأَوَّل بَعْدَ مَوْت الثَّاني، فَبشَرْط التَّحْليل يَصيرُ مُسْتَعْجِلا للحل (فَيُجَازَى بمَنْعِ مَقْصُوده كَمَا فِي قَتْل المُورَث) وَذُكرَ فِي رَوْضَة الزَّنْدَوَسْتيِّ أَنَّ أَبَا حَنيفَةَ قَال:

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٢٠)، والنسائي (٣١٩٨)، وأحمد (٤٤٨/١) عن ابن مسعود. وأخرجه أبو داود (٢٠٧٦)، والترمذي (١١١٩)، وابن ماجه (١٩٣٥) عن علي. وأخرجه الترمذي (١١١٩) ضمن حديث علي عن جابر. وأخرجه ابن ماجه (١٩٣٦) عن عقبة بن عامر. وأخرجه ابن ماجه (١٩٣٤) عن ابن عباس. وأخرجه أحمد (٣٢٢/٢)، والبيهقي في الكبرى (٣٣٩/٧) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٣٤٢/٣).

النِّكَاحُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ جَائِزٌ حَتَّى إِذَا لَمْ يُطَلِّقْهَا الثَّانِي بَعْدَ وَطْئِه إِيَّاهَا يُجْبِرُهُ القَاضِي عَلَى ذَلِكَ، وَتَحِلُّ لِلزَّوْجِ الأَوَّل إِذَا طَلَّقَهَا الثَّانِي بِرَأْيِهِ أَوْ بِأَمْرِ القَاضِي إِيَّاهُ. قَال الإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ: هَذَا البَيَانُ لَمْ يُوجَدْ فِي غَيْرِهِ مِنْ الكُتُبِ.

(وَإِذَا طَلَقَ الحُرَّةَ تَطليقَةً أَو تَطليقَتَينِ وَانقَضَت عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَت بِزَوجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَت إِلى الزَّوجِ الأَوَّل عَادَت بِثَلاثِ تَطليقَاتٍ وَيَهدِمُ الزَّوجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلاثِ كَمَا يَهدِمُ الثَّلاثَ. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَهدِمُ مَا دُونَ الثَّلاثِ) لأَنَّهُ غَايَةٌ لِلحُرمَةِ بِالنَّصِّ فَيَكُونُ مَنهِيًّا، وَلا إِنهَاءَ لِلحُرمَةِ قَبلَ الثُّبُوتِ. وَلَهُمَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لَعَنَ اللهُ المُحَلل وَالمُحَلل لَهُ» سَمَّاهُ مُحَللا وَهُوَ المُثَبِّتُ لِلحِل.

الشرح:

(وَإِذَا طَلَقَ **امْرَأَتَهُ الحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلى الزَّوْجِ الأَوَّل** عَادَتْ بِثَلاثِ تَطْلِيقَاتٍ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي) التَّطْلِيقَةَ وَالتَّطْلِيقَتَيْنِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلاثَ يَعْنِي أَنَّهُ يَجْعَلُ ذَلِكَ البَاقِيَ مِنْ المِلك الأَوَّل كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، وَلا تَحْرُمُ الحُرْمَةَ الغَلِيظَةَ إِلا إِذَا طَلَّقَهَا ثَلاثًا جَمْعًا أَوْ فُرَادَى (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ (وَقَال مُحَمَّدٌ) وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ (لا يَهْدِمُ) وَيَبْقَى الزَّوْجُ مَالِكًا بِمَا بَقِيَ مِنْ الأَوَّل، وَتَحْرُمُ الحُرْمَةُ الغَلِيظَةُ إِذَا انْتَهَى ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ وَعِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ فَأَخَذَ الشُّبَّانُ مِنْ الفُقَهَاءِ بِقَوْل المَشَايِخِ مِنْ الصَّحَابَةِ، وَالمَشَايِخُ مِنْ الفُقَهَاءِ بِقَوْل الشُّبَّان مِنْ الصَّحَابَةِ.

اسْتَدَل مُحَمَّدٌ بِأَنَّ الزَّوْجَ الثَّانِيَ غَايَةٌ لِلحُرْمَةِ بِالنَّصِّ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ عَلى مَا تَقَدَّمَ، وَكُلُّ مَا كَانَ غَايَةً لِلحُرْمَةِ فَهُوَ مِنْهُ لَهَا؛ لأَنَّ المُغَيَّا يَنْتَهِي بِالغَايَةِ فَيَكُونُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَنْهِيًّا لِلحُرْمَةِ، وَلا انْتِهَاءَ لِلحُرْمَةِ قَبْل ثُبُوتِهَا، وَلَيْسَتْ بِثَابِتَةٍ قَبْل وُقُوعِ الثَّلاثِ (وَلَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لَعَنَ اللهُ المُحَلل وَالمُحَلل لَهُ**») وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ أَهْل الحَدِيثِ أَوْرَدُوهُ فِي بَابِ مَا جَاءَ فِي الزَّوْجِ الثَّانِي، وَكَانَ المُرَادُ بِالمُحَلل الزَّوْجَ الثَّانِيَ (سَمَّاهُ مُحَللا وَهُوَ المُثْبِتُ

للحل) ثُمَّ الحِلُّ الذي يَثْبُتُ به إمَّا أَنْ يَكُونَ الحِل السَّابِقَ، أَوْ حِلًّا جَدِيدًا لا سَبِيل إلى الأَوَّل لاسْتِلزَامه تَحْصِيل الحَاصِل فَتَعَيَّنَ الثَّاني، وَبالضَّرُورَة يَكُونُ غَيْرَ الأَوَّل، وَالأَوَّلُ حِلٌّ نَاقِصٌ وَكَانَ الجَدِيدُ كَاملا، وَهُوَ مَا يَكُونُ بالطَّلَقَات الثَّلاث.

فَإِنْ قِيل: سَلمْنَا أَنَّ المُحَلل هُوَ المُثْبتُ للحل وَأَنْ يَكُونَ ذَلكَ حِلًّا جَدِيدًا لكنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ ذَلكَ فِي المُطَلقَة ثَلاثًا لأَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ أَنَّ مَحْمَلهُ هُوَ شَرْطُ التَّحْليل وَذَلكَ لا يَكُونُ إلا فِي المُطَلقَة ثَلاثًا. وَالثَّاني أَنَّ الحِل قَبْل ذَلكَ ثَابتٌ فَيُصْرَفُ إلى مَا لَيْسَ بثَابت عَمَلا بالحَقِيقَة.

فَالجَوَابُ أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا لقَوْله وَهُوَ مَحْمَلُهُ مَعْنَيَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْت وَلَيْسَ بمَرْضِيٍّ. وَالثَّانِيَ أَنَّ مَحْمَلهُ الكَرَاهَةُ لا الفَسَادُ، وَحِينَئذ يَنْدَفعُ الأَمْرُ الأَوَّلُ، فَإِنَّ الحِل وَإِنْ كَانَ قَبْل ذَلكَ ثَابتٌ لكنَّ إطْلاقَ المُحَلل يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الثَّاني عَلى الإطْلاق مُحَللا، فَصَرْفُهُ إلى بَعْضِ الصُّوَرِ تَقْيِيدٌ بلا دَليلٍ، وَالثَّابتُ به غَيْرُ الثَّابت قَبْلهُ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ فَكَانَتْ المُطَلقَةُ ثَلاثًا وَغَيْرَهَا سَوَاءً وَبه يَنْدَفعُ الأَمْرُ الثَّاني.

(وَإِذَا طَلقَهَا ثَلاثًا فَقَالت قَد انقَضَت عِدَّتِي وَتَزَوَّجت وَدَخَل بِي الزَّوجُ وَطَلقَنِي وَانقَضَت عِدَّتِي وَالمُدَّةُ تَحتَمِلُ ذَلكَ جَازَ للزَّوجِ أَن يُصَدِّقَهَا إذَا كَانَ فِي غَالبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ). لأَنَّهُ مُعَامَلَةٌ أَو أَمرٌ دِينِيٌّ لتَعَلُّقِ الحِل بِهِ، وَقَولُ الوَاحِدِ فِيهِمَا مَقبُولٌ وَهُوَ غَيرُ مُستَنكَرٍ إذَا كَانَت المُدَّةُ تَحتَمِلُهُ. وَاختَلفُوا فِي أَدنَى هَذِهِ المُدَّةِ وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العِدَّةِ.

الشرح:

(**وَإِذَا طَلقَهَا ثَلاثًا فَقَالتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي**) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ وَاختَلفُوا فِي أَدْنَى هَذه المُدَّة) قَال أَبُو حَنِيفَةَ: لا تَصْدُقُ فِي أَقَل مِنْ سِتِّينَ يَوْمًا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تَصْدُقُ فِي تِسْعَة وَثَلاثِينَ يَوْمًا، وَتَخْرِيجُ قَوْلهِمَا أَنَّهُ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ طَلقَهَا فِي آخرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الطُّهْرِ، وَحَيْضُهَا أَقَلُّ الحَيْضِ ثَلاثَةٌ، وَطُهْرُهَا أَقَلُّ الطُّهْرِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، فَالثَّلاثَةُ إذَا كَانَتْ ثَلاثَ مَرَّات كَانَتْ تِسْعَةً وَالطُّهْرَان ثَلاثُونَ يَوْمًا، فَلذَلكَ صَدَقَتْ فِي تِسْعَةٍ وَثَلاثِينَ يَوْمًا لأَنَّهَا أَمِينَةٌ أَخْبَرَتْ بِمَا هُوَ مُحْتَمَلٌ فَوَجَبَ قَبُولُ قَوْلهَا.

وَأَمَّا تَخْرِيجُ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ طَلقَهَا فِي أَوَّل الطُّهْرِ تَحَرُّزًا عَنْ إيقَاعِ

الطَّلاق فِي الطُّهْرِ بَعْدَ الجمَاعِ، وَطُهْرُهَا خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا لأَنَّهُ لا غَايَةَ لأَكْثَرِ الطُّهْرِ فَقَدَّرْنَاهُ بأَقله، وَحَيْضُهَا خَمْسَةٌ لأَنَّ منْ النَّادرِ أَنْ يَكُونَ حَيْضُهَا أَقَل الحَيْضِ، أَوْ يَمْتَدَّ إلى أَكْثَرِ الحَيْضِ فَيُعْتَبَرُ الوَسَطُ مِنْ ذَلكَ، وَهُوَ خَمْسَةٌ فَثَلاثَةُ أَطْهَارٍ كُلُّ طُهْرٍ خَمْسَةَ عَشَرَ فَيَكُونُ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ، وَثَلاثُ حِيَضٍ كُلُّ حَيْضٍ خَمْسَةٌ يَكُونُ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَذَلكَ سِتُّونَ يَوْمًا، وَهَذَا عَلَى مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ طَلقَهَا فِي آخرِ الطُّهْرِ لأَنَّ التَّحَرُّزَ عَنْ تَطْويل العدَّة وَاجبٌ، وَإِيقَاعُ الطَّلاق فِي آخرِ الطُّهْرِ أَقْرَبُ إلى التَّحَرُّزِ عَنْ تَطْويل العدَّة ثُمَّ حَيْضُهَا عَشَرَةٌ، لأَنَّا لَمَّا قَدَّرْنَا طُهْرَهَا بِأَقَل المُدَّة نَظَرًا لهَا يُقَدَّرُ حَيْضُهَا بِأَكْثَرِ المُدَّة نَظَرًا للزَّوْجِ، وَثَلاثُ حِيَضٍ كُلُّ حَيْضَةٍ عَشَرَةٌ ثَلاثُونَ، وَطُهْرَانِ كُلُّ طُهْرٍ خَمْسَةَ عَشَرَ فَذَلكَ سِتُّونَ يَوْمًا.

وَقَوْلُهُ (وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العدَّةِ) قَال فِي النِّهَايَةِ: وَقَعَتْ هَذه الحَوَالةُ حَوَالةً غَيْرَ رَابِحَةٍ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهَا فِي بَابِ العدَّة وَلا فِي غَيْرِه. وَرُدَّ مِنْ حَيْثُ اللفْظُ وَالمَعْنَى، أَمَّا اللفْظُ فَلأَنَّ مثْل هَذَا يُسَمَّى وَعْدًا لا حَوَالةً، فَكَانَ يَنْبَغي أَنْ يَقُول وَعْدٌ غَيْرُ مُنَجَّزٍ، وَأَمَّا المَعْنَى فَلأَنَّهُ لَمْ يَقُل فِي بَابِ العدَّة منْ هَذَا الكتَابِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَعْدُهُ مُنَجَّزًا فِي بَابِ العدَّة مِنْ كتَابٍ آخَرَ. وَأَقُولُ: الأَوَّلُ ظَاهِرٌ، وَالثَّاني خلافُ الظَّاهِرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب الإيلاء

(وَإِذَا قَال الرَّجُلُ لامرَأَتِهِ وَاللهِ لا أَقرَبُك أَو قَال وَاللهِ لا أَقرَبُك أَربَعَةَ أَشهُرٍ فَهُوَ مُولٍ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٦] (فَإِن وَطِئَهَا فِي الأَربَعَةِ الأَشهُرِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَلزِمَتهُ الكَفَّارَةُ) لأَنَّ الكَفَّارَةَ مُوجِبُ الحِنثِ (وَسَقَطَ الإِيلاءُ) لأَنَّ اليَمِينَ تَرتَفِعُ بِالحِنثِ.

الشرح:

(وَإِذَا **قَال الرَّجُلُ لامْرَأَته وَالله لا أَقْرَبُك، أَوْ قَال وَالله لا أَقْرَبُك أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ** فَهُوَ مُولٍ لقَوْله تَعَالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ الآيَةَ، فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الأَرْبَعَة الأَشْهُرِ حَنثَ فِي يَمينه وَلزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ، لأَنَّ الكَفَّارَةَ مُوجبُ الحنْث) وَقَال الشَّافعيُّ: لا تَلزَمُهُ الكَفَّارَةُ لأَنَّ اللهَ تَعَالى قَال ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [البقرة:٢٢٦] وَعْدُ المَغْفِرَة، وَالمَغْفُورُ لا يَجبُ عَلَيْه عُقُوبَةٌ. قُلنَا: وَعْدُ المَغْفرَة فِي

الآخِرَة، وَذلِكَ لا يُنافِي وُجُوبَ الكَفَّارَةِ فِي الدُّنْيا (وَسَقَطَ الإِيلاءُ) عَلى مَعْنَى أَنَّهُ لَوْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لا يَقَعُ الطَّلاقُ لأَنَّ اليَمِينَ تَرْتَفِعُ بِالحِنْث).

(وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَة) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَبِينُ بِتَفْرِيقِ القَاضِي لأَنَّهُ مَانِعُ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الجُبِّ وَالعُنَّة. وَلَنا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ عِنْدَ مُضِيِّ هَذه المُدَّة وَهُوَ المَأْثُورُ عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالعَبَادلة الثَّلاثَة وَزَيْد بْنِ ثَابت رِضْوَانُ الله عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ، وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةٌ، وَلأَنَّهُ كَانَ طَلاقًا فِي الجَاهِلِيَّة فَحَكَمَ الشَّرْعُ بِتَأْجِيله إلى انْقِضَاءِ المُدَّة (فَإِنْ كَانَ حَلفَ عَلى أَرْبَعَة أَشْهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتْ اليَمِينُ) لأَنَّهَا كَانَتْ مُؤَقَّتَةً بِه (وَإِنْ كَانَ حَلفَ عَلى الأَبَد فَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ) لأَنَّهَا مُطْلَقَةٌ وَلَمْ يُوجَدْ الحِنْثُ لِتَرْتَفِعَ بِه إلا أَنَّهُ لا يَتَكَرَّرُ الطَّلاقُ قَبْلَ التَّزَوُّجِ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَنْعُ الحَقِّ بَعْدَ البَيْنُونَة (فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الإِيلاءُ، فَإِنْ وَطِئَهَا وَإِلا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى) لأَنَّ اليَمِينَ بَاقِيَةٌ لإِطْلاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ هَذَا الإِيلاءِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ.

(فَإِن تَزَوَّجَهَا ثَالثًا عَادَ الإِيلاءُ وَوَقَعَت بِمُضِيِّ أَربَعَةِ أَشهُرٍ أُخرَى إن لم يَقرَبهَا) لِمَا بَيَّنَاهُ (فَإِن تَزَوَّجَهَا بَعدَ زَوجٍ آخَرَ لم يَقَع بِذَلكَ الإِيلاءِ طَلاقٌ) لِتَقَيُّدِهِ بِطَلاقِ هَذَا المِلكِ وَهِيَ فَرعُ مَسأَلَةِ التَّنجِيزِ الخِلافِيَّةِ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ (وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ) لإِطلاقِهَا وَعَدَمِ الحِنثِ (فَإِن وَطِئَهَا كَفَّرَ عَن يَمِينِه) لِوُجُودِ الحِنثِ

الشرح:

(وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَة) لأَنَّ مَعْنَى الإِيلاءِ عِنْدَنَا: **إِنْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَلَمْ أُجَامِعْك فَأَنْت طَالِقٌ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً**. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لا تَقَعُ الفُرْقَةُ بِمُضِيِّ المُدَّة، وَلكِنَّهُ تَوَقَّفَ بَعْدَ المُدَّة عَلى أَنْ يَفِيءَ إِلَيْهَا أَوْ يُفَارِقَهَا، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَفْعَل (تَبِينُ بِتَفْرِيقِ القَاضِي) بَيْنَهُمَا، وَكَانَ التَّفْرِيقُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً لأَنَّهُ مَانِعٌ حَقَّهَا فِي الجِمَاعِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الجُبِّ وَالعُنَّة. وَلَنا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا) وَهُوَ الوَطْءُ فِي المُدَّة (فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ عِنْدَ مُضِيِّ هَذه المُدَّة) تَخْلِيصًا لَهَا عَنْ ضَرَرِ التَّعْلِيقِ، وَلا يَحْصُلُ التَّخْلِيصُ بِالرَّجْعِيِّ فَوَقَعَ بَائِنًا (وَهُوَ المَأْثُورُ

عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٌّ وَالعَبَادلة الثَّلاثَة وَزَيْد بْنِ ثَابت) وَهُمْ عِنْدَ الفُقَهَاءِ عَبْدُ الله بْنُ مَسْعُود وَعَبْدُ الله بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ الله بْنُ عُمَرَ، وَعِنْدَ المُحَدِّثِينَ هُمْ أَرْبَعَةٌ: ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ الزُّبَيْرِ وَابْنُ عَمْرو، وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيهِمْ عَبْدَ الله بْنَ مَسْعُود.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الزَّوْجَ إِنَّمَا يَكُونُ ظَالِمًا بِمَنْعِ حَقِّهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ وَطِئَهَا مَرَّةً، وَأَمَّا إِذَا وَطِئَهَا فَقَدْ سَقَطَ حَقُّهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حَقَّهَا سَقَطَ بِالجِمَاعِ مَرَّةً وَاحِدَةً فِي القَضَاءِ، وَأَمَّا فِي الدِّيَانَةِ فَلَمْ يَسْقُطْ، وَكَانَ الجَزَاءُ بِزَوَالِ النِّعْمَةِ بِوُقُوعِ الطَّلاقِ بِمَنْعِهِ حَقَّهَا دِيَانَةً، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ أَنْ لا يَحْكُمَ القَاضِي بِوُقُوعِهِ لأَنَّهُ لَيْسَ بِظَالِمٍ عِنْدَهُ بَعْدَ الدُّخُولِ مَرَّةً، وَلَيْسَ كَذَلِكَ (وَلأَنَّ الإِيلاءَ كَانَ طَلاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ) عَلَى الفَوْرِ بِحَيْثُ لا يَقْرَبُهَا الشَّخْصُ بَعْدَ الإِيلاءِ أَبَدًا (فَحَكَمَ الشَّرْعُ بِتَأْجِيلِهِ إِلَى انْقِضَاءِ المُدَّةِ) فَلَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ إِلا بِالتَّأْجِيلِ فَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى تَطْلِيقَةٍ أَوْ تَفْرِيقِ القَاضِي. وَقَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ حَلَفَ) يَعْنِي إِذَا **مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَلَمْ يَقْرَبْهَا** فَلا يَخْلُو. إِمَّا إِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ عَلَى الأَبَدِ؛ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَقَدْ سَقَطَ اليَمِينُ لأَنَّهَا كَانَتْ مُوَقَّتَةً بِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ لأَنَّهَا يَمِينٌ مُطْلَقَةٌ وَلَمْ يُوجَدْ الحِنْثُ لِتَرْتَفِعَ بِهِ، إِلا أَنَّهُ لا يَتَكَرَّرُ الطَّلاقُ قَبْلَ التَّزَوُّجِ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَنْعُ الحَقِّ بَعْدَ البَيْنُونَةِ إِذْ لا حَقَّ لَهَا فِي الجِمَاعِ بَعْدَهَا، وَهَذَا اخْتِيَارُ عَامَّةِ المَشَايِخِ.

وَكَانَ الفَقِيهُ أَبُو سَهْلٍ الشَّرَغِيُّ يَقُولُ: يَتَكَرَّرُ الطَّلاقُ بِتَكَرُّرِ المُدَّةِ: يَعْنِي إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الإِيلاءِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا لأَنَّ الإِيلاءَ فِي حَقِّ الطَّلاقِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ مُتَكَرِّرٍ فَكَأَنَّهُ قَالَ: **كُلمَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَلَمْ أَقْرَبْك فِيهَا فَأَنْت طَالِقٌ بَائِنٌ**؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى بَانَتْ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يَقْرَبْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بَانَتْ فَدَلَّ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ مُتَكَرِّرٍ، وَالأَصَحُّ قَوْلُ العَامَّةِ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (فَإِنْ **عَادَ فَتَزَوَّجَهَا**) **بَعْدَ البَيْنُونَةِ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا** (عَادَ الإِيلاءُ، فَإِنْ وَطِئَهَا) فِي المُدَّةِ (وَإِلا وَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى لأَنَّ اليَمِينَ بَاقِيَةٌ لإِطْلاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ حَدَثَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ) فَيُزَالُ بِالطَّلاقِ البَائِنِ.

وَقَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ هَذَا الإِيلاءِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ) قِيلَ هُوَ احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا **تَزَوَّجَهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ**، فَإِنَّ ذَلِكَ الإِيلاءَ يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الطَّلاقِ لا مِنْ وَقْتِ

التَّزَوُّجِ، كَذَا ذَكَرَهُ التُّمُرْتَاشِيُّ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ثَانِيًا) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ ثَالِثًا وَلِكُلٍّ وَجْهٌ، أَمَّا الأَوَّلُ فَبِالنَّظَرِ إِلى التَّزَوُّجِ بَعْدَ الإِيلاءِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَبِالنَّظَرِ إِلى التَّزَوُّجِ قَبْلَ الإِيلاءِ، وَالأَوَّلُ أَظْهَرُ (عَادَ الإِيلاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ أُخْرَى تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى إِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا لَمَا بَيَّنَّا) أَنَّ اليَمِينَ بَاقِيَةٌ لإِطْلاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الإِيلاءِ طَلاقٌ (فَإِنْ وَطِئَهَا كَفَّرَ عَنْ يَمِينِه) أَمَّا عَدَمُ وُقُوعِ الطَّلاقِ فَلِتَقَيُّدِهِ بِطَلاقِ هَذَا المِلْكِ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَة التَّعْلِيقِ بِعَدَمِ القُرْبَانِ، وَتَعْلِيقُ الطَّلاقِ يَنْحَصِرُ فِي طَلاقِ ذَلِكَ المِلْكِ الذي حَصَلَ فِيه التَّعْلِيقُ (وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَة التَّنْجِيزِ الخِلافِيَّة) فَإِنَّهُ يَبْطُلُ التَّعْلِيقُ عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيْ فِي بَابِ الأَيْمَانِ فِي الطَّلاقِ.

قَالَ فِي المَبْسُوطِ: وَإِذَا آلَى الرَّجُلُ مِنْ امْرَأَتِه لا يَقْرَبُهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلاثًا بَطَلَ الإِيلاءُ عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ لأَنَّ الإِيلاءَ طَلاقٌ مُؤَجَّلٌ فَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ عَلى التَّطْلِيقَاتِ المَمْلُوكَة وَلَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنْهَا بَعْدَ وُقُوعِ الطَّلاقِ الثَّلاث عَلَيْهَا، وَكَذَا لَوْ بَانَتْ بِالإِيلاءِ ثَلاثَ مَرَّاتٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا إِلا عِنْدَ زُفَرَ، وَأَمَّا الكَفَّارَةُ عِنْدَ الوَطْءِ فَلِبَقَاءِ اليَمِينِ لإِطْلاقِهَا وَوُجُودِ الحِنْثِ.

(فَإِن حَلفَ عَلَى أَقَل مِن أَربَعَةِ أَشهُرٍ لم يَكُن مُوليًا) لقَول ابنِ عَبَّاسٍ: لا إِيلاءَ فِيمَا دُونَ أَربَعَةِ أَشهُرٍ، وَلأَنَّ الامتِنَاعَ عَن قُربَانِهَا فِي أَكثَرِ المُدَّةِ بِلا مَانِعٍ وَبِمِثلِهِ لا يُثبِتُ حُكمَ الطَّلاقِ فِيهِ (وَلو قَال وَاللهِ لا أَقرَبُك شَهرَينِ وَشَهرَينِ بَعدَ هَذَينِ الشَّهرَينِ فَهُوَ مُولٍ) لأَنَّهُ جَمَعَ بَينَهُمَا بِحَرفِ الجَمعِ فَصَارَ كَجَمعِهِ بِلفظِ الجَمعِ (وَلو مَكَثَ يَومًا ثُمَّ قَال وَاللهِ لا أَقرَبُك شَهرَينِ بَعدَ الشَّهرَينِ الأَوَّلَينِ لم يَكُن مُوليًا) لأَنَّ الثَّانِيَ إِيجَابٌ مُبتَدأً وَقَد صَارَ مَمنُوعًا بَعدَ اليَمِينِ الأُولى شَهرَينِ وَبَعدَ الثَّانِيَةِ أَربَعَةَ أَشهُرٍ إِلا يَومًا مَكَثَ فِيهِ فَلم تَتَكَامَل مُدَّةُ المَنعِ.

الشرح:

قَال: (فَإِنْ حَلفَ عَلى أَقَل مِنْ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) مِثْل أَنْ يَقُول وَاللهِ لا أَقْرَبُك شَهْرًا وَهُوَ وَضْعُ المَبْسُوطِ، أَوْ قَال لا أَقْرَبُك شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلاثَة أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا. وَقَال ابْنُ أَبِي لَيْلَى: هُوَ مُولٍ إِنْ تَرَكَ وَطْأَهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بَانَتْ بِتَطْلِيقَةٍ، وَهَكَذَا

كَانَ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ أَوَّلا، فَلمَّا بَلغَهُ فَتْوَى ابْنِ عَبَّاسٍ: لا إيلاءَ فِيمَا دُونَ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ رَجَعَ عَنْ قَوْله. فَإِنْ قِيل: فَتْوَى ابْنِ عَبَّاسٍ مُخَالفٌ لظَاهِرِ النَّصِّ لأَنَّ اللهَ تَعَالى قَال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ أَطْلقَ الإيلاءَ وَقَيَّدَ التَّرَبُّصَ بِمُدَّة، وَذَلكَ يَقْتَضِي أَنَّ مَنْ آلى منْ امْرَأَته وَلوْ مُدَّةً يَسيرَةً كَيَوْمٍ أَوْ سَاعَة يَلزَمُهُ تَرَبُّصُ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ، فَالتَّقْيِيدُ بِمُدَّة يَكُونُ زِيَادَةً عَلى النَّصِّ وَهُوَ لا يَجُوزُ بِفَتْوَى ابْنِ عَبَّاسٍ فَكَيْفَ رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ قَوْله؟ فَالجَوَابُ أَنَّ فَتْوَى ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَعَ فِي المُقَدَّرَات، وَالرَّأْيُ لا مَدْخَل لهُ فِي المُقَدَّرَات الشَّرْعِيَّة فَكَانَ مَسْمُوعًا، وَلمْ يَرِدْ عَنْ أَحَد خلافُهُ فَيُجْعَلُ تَفْسِيرًا للنَّصِّ لا تَقْيِيدًا، وَتَقْرِيرُهُ وَاللهُ أَعْلمُ: للذينَ يُؤْلُونَ منْ نسَائِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ تَرَبُّصُ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ، تُرِكَ الأَوَّلُ بِدَلالة الثَّاني فَكَانَ منْ بَاب الاكْتفَاء. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الامْتنَاعَ عَنْ قُرْبَانهَا) دَليلٌ مَعْقُولٌ عَلى وَضْعِ المَبْسُوط كَمَا ذَكَرْنَا فِي مَطْلعِ هَذَا البَحْث.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الامْتنَاعَ عَنْ قُرْبَانهَا: أَيْ عَنْ قُرْبَانِ مَنْ آلى منْهَا زَوْجُهَا شَهْرًا فِي أَكْثَرِ المُدَّة وَهُوَ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ حَاصلٌ بِلا مَانعٍ لأَنَّهُ ليْسَ فيه يَمينٌ، وَبِمثْله: أَيْ بِمثْل هَذَا الحَلف المُنْعَقد عَلى شَهْرٍ لا يَثْبُتُ الطَّلاقُ بِمُضيِّ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ لخُلُوِّ الزَّائد عَنْ اليَمين فَكَانَ كَمَنْ لمْ يَقْرَبْهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ بِلا يَمينٍ، فَإِنَّهُ بِمُضيِّ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ لا يَقَعُ شَيْءٌ، وَالضَّميرُ فِي فيه قيل هُوَ رَاجعٌ إلى الامْتنَاعِ وَقيل إلى الحَلف المَفْهُومِ منْ قَوْله وَبِمثْله، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَاجعًا إلى أَكْثَرِ المُدَّة.

وَلوْ قَال المُصَنِّفُ: وَلأَنَّ الامْتنَاعَ عَنْ قُرْبَانهَا فِي بَعْضِ المُدَّة بَدَلٌ فِي أَكْثَرِ المُدَّة كَانَ أَشْمَل لتَنَاوُله وَضْعَ المَبْسُوط وَغَيْرَهُ (وَلوْ **قَال لهَا وَاللهِ لا أَقْرَبُك شَهْرَيْنِ وَشَهْرَيْنِ بَعْدَ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ** فَهُوَ مُولٍ لأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِحَرْف الجَمْعِ) وَهُوَ الوَاوُ (فَصَارَ كَجَمْعه بِلفْظ الجَمْعِ) كَأَنَّهُ قَال وَاللهِ لا أَقْرَبُك أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَتَكُونُ يَمينًا وَاحدَةً حَيْثُ لمْ يُفْرِدْ المُدَّةَ الثَّانيَةَ بِنَفْيٍ عَلى حدَة، فَلوْ قَرِبَهَا فِي المُدَّة لزمَهُ كَفَّارَةٌ وَاحدَةٌ.

(وَلوْ **مَكَثَ يَوْمًا أَوْ سَاعَةً ثُمَّ قَال: وَاللهِ لا أَقْرَبُك شَهْرَيْنِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الأَوَّلين** لمْ يَكُنْ مُوليًا لأَنَّ الثَّانيَ إيجَابٌ مُبْتَدَأٌ) وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ أَنَّهُ إذَا لمْ يُعدْ اسْمَ اللهِ تَعَالى فِي المَعْطُوف وَلا حَرْفَ النَّفْيِ وَلمْ يَمْكُثْ بَيْنَهُمَا سَاعَةً دَخَل حُكْمُ المَعْطُوف فِي حُكْمِ المَعْطُوفِ عَلَيْه كَمَا فِي المَسْأَلة الأُولى، وَأَمَّا إذَا فَاتَ أَحَدُ الأُمُورِ المَذْكُورَة فَقَدْ

كَانَ إِيجَابًا مُبْتَدأً، وَعَلى هَذَا فِي المَسْأَلةِ الثَّانِيَةِ لا يَكُونُ مُولِيًا لِفَوَاتِ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ لوُجُودِ المُكْثِ يَوْمًا وَإِعَادَةِ اسْمِ اللهِ وَحَرْفِ النَّفْيِ فَقَدْ صَارَ مَمْنُوعًا بَعْدَ اليَمِينِ الأُولى شَهْرَيْنِ وَبَعْدَ الثَّانِيَةِ مُضَافًا إِلى الأَوَّلِ بِقَوْلِه بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الأَوَّلَيْنِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلا يَوْمًا مَكَثَ فِيهِ فَلَمْ يَتَكَامَلْ مُدَّةُ المَنْعِ فَلا يَكُونُ مُولِيًا، وَيَكُونُ كَلامُهُ يَمِينَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ يَلزَمُهُ بِالقُرْبَانِ كَفَّارَتَانِ. وَلوْ **قَالَ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ وَلا شَهْرَيْنِ** لا يَصِيرُ مُولِيًا لأَنَّهُ بِإِعَادَةِ حَرْفِ النَّفْيِ صَارَ إِيجَابًا آخَرَ وَصَارَا أَجَلَيْنِ وَتَدَاخَلا، كَمَا لوْ قَالَ وَاللهِ لا أُكَلِّمُ فُلانًا يَوْمًا وَلا يَوْمَيْنِ أَنَّ اليَمِينَ تَنْقَضِي بِيَوْمَيْنِ لأَنَّهُ أَعَادَ كَلِمَةَ النَّفْيِ فَصَارَ الثَّانِي مُنْفَرِدًا عَنْ الأَوَّلِ فَتَدَاخَلَ وَقْتُهُمَا بَعْدَ الانْفِرَادِ لأَنَّ الوَقْتَ الوَاحِدَ يَصْلُحُ وَقْتًا لأَيْمَانٍ كَثِيرَةٍ، فَإِنَّ مَنْ **قَالَ وَاللهِ لا أُكَلِّمُ فُلانًا شَهْرًا وَلا أَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا وَلا آكُلُ هَذَا الطَّعَامَ شَهْرًا فَمَضَى شَهْرٌ وَاحِدٌ** تَنْتَهِي الأَيْمَانُ كُلُّهَا، فَكَذَلِكَ هَهُنَا إِذَا مَضَى شَهْرَانِ فَقَدْ مَضَتْ مُدَّةُ كُلِ وَاحِدَةٍ مِنْ اليَمِينَيْنِ فَيُمْكِنُهُ قُرْبَانُ امْرَأَتِه فِي مُدَّةِ الإِيلاءِ بِغَيْرِ شَيْءٍ يَلزَمُهُ فَلا يَصِيرُ مُولِيًا، بِخِلافِ المَسْأَلةِ الأُولى فَإِنَّهُ لمَّا لمْ يُفرِدْ مُدَّةَ الثَّانِيَةِ بِنَفْيٍ عَلى حِدَةٍ كَانَ الكُلُّ مُدَّةً وَاحِدَةً فَكَانَ مُولِيًا.

(وَلو قَالَ وَاللهِ لا أَقرَبُكِ سَنَةً إلا يَومًا لم يَكُن مُولِيًا) خِلافًا لزُفَرَ، هُوَ يَصرِفُ الاستِثنَاءَ إلى آخِرِهَا اعتِبَارًا بِالإجَارَةِ فَتَمَّت مُدَّةُ المَنعِ. وَلنَا أَنَّ المَولى مَن لا يُمكِنُهُ القُربَانُ أَربَعَةَ أَشهُرٍ إلا بِشَيءٍ يَلزَمُهُ وَهَهُنَا يُمكِنُهُ لأَنَّ المُستَثنَى يَومٌ مُنَكَّرٌ، بِخِلافِ الإجَارَةِ لأَنَّ الصَّرفَ إلى الآخِرِ لتَصحِيحِهَا فَإِنَّهَا لا تَصِحُ مَعَ التَّنكِيرِ وَلا كَذَلكَ اليَمِينُ (وَلو قَرِبَهَا فِي يَومٍ وَالبَاقِي أَربَعَةُ أَشهُرٍ أَو أَكثَرَ صَارَ مُولِيًا) لسُقُوطِ الاستِثنَاءِ.

الشرح:

(وَلوْ **قَالَ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلا يَوْمًا** لمْ يَكُنْ مُولِيًا، خِلافًا لزُفَرَ هُوَ يَقُولُ يُصْرَفُ الاسْتِثْنَاءُ إِلى آخِرِهَا كَمَا لوْ قَالَ آجَرْت دَارِي هَذِهِ سَنَةً إِلا يَوْمًا فَتَمَّتْ مُدَّةُ المَنْعِ. وَلنَا أَنَّ المُولِيَ مَنْ لا يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلا بِشَيْءٍ يَلزَمُهُ) وَهَذَا لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلى مَا نَحْنُ فِيهِ لأَنَّهُ يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ (إِذْ المُسْتَثْنَى يَوْمٌ مُنَكَّرٌ) فَمَا مِنْ يَوْمٍ يَمُرُّ عَليْهِ بَعْدَ يَمِينِه إِلا وَيُمْكِنُهُ أَنْ يَجْعَلهُ اليَوْمَ المُسْتَثْنَى فَيَقْرَبُهَا فِيهِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلزَمُهُ، وَلا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلى آخِرِ السَّنَةِ لأَنَّهُ مُعَيَّنٌ فَكَانَ تَغْيِيرًا لكَلامِهِ مِنْ المُنَكَّرِ إِلى المُعَيَّنِ بِغَيْرِ

حَاجَة لأَنَّ الجَهَالَة لا تَمْنَعُ انْعِقَادَ اليَمِين، بخلاف الإِجَارَة فَإِنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إلى الصَّرْف إلى آخر السَّنَة لتَصْحيحه: أَيْ لتَصْحيح عَقْد الإِجَارَة فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ مَعَ التَّنْكير للجَهَالة (وَلَوْ قَربَهَا في يَوْمٍ وَالبَاقِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرُ صَارَ مُوليًا لسُقُوط الاسْتثْنَاء).

(وَلو قَال وَهُوَ بِالبَصرَةِ وَالله لا أَدخُلُ الكُوفَةَ وَامرَأَتُهُ بِهَا لم يَكُن مُوليًا) لأَنَّهُ يُمكِنُهُ القُربَانُ مِن غَيرِ شَيءٍ يَلزَمُهُ بِالإِخرَاجِ مِن الكُوفَةِ (قَال: وَلو حَلفَ بِحَجٍّ أَو بِصَومٍ أَو بِصَدَقَةٍ أَو عِتقٍ أَو طَلَاقٍ فَهُوَ مُولٍ) لتَحَقُّقِ المَنعِ بِاليَمِينِ وَهُوَ ذِكرُ الشَّرطِ وَالجَزَاءِ، وَهَذِهِ الأَجزِيَةُ مَانِعَةٌ لمَا فِيهَا مِن المَشَقَّةِ. وَصُورَةُ الحَلفِ بِالعِتقِ أَن يُعَلقَ بِقُربَانِهَا عِتقَ عَبدِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: يُمكِنُهُ البَيعُ ثُمَّ القُربَانُ فَلا يَلزَمُهُ شَيءٌ وَهُمَا يَقُولانِ البَيعُ مَوهُومٌ فَلا يَمنَعُ المَانِعِيَّةَ فِيهِ، وَالحَلفُ بِالطَّلاقِ أَن يُعَلقَ بِقُربَانِهَا طَلاقَهَا أَو طَلَاقَ صَاحِبَتِهَا وَكُلُّ ذَلكَ مَانِعٌ.

الشرح:

(وَلَوْ قَال وَهُوَ بِالبَصْرَة وَالله لا أَدْخُلُ الكُوفَةَ وَامْرَأَتُهُ بِهَا لَمْ يَكُنْ مُوليًا لأَنَّهُ يُمْكنُهُ القُرْبَانُ منْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلزَمُهُ بالإِخْرَاجِ منَ الكُوفَة) وَلا يُشْكلُ بمَنْ **لَهُ أَرْبَعُ نسْوَة وَقَال وَالله لا يَقْرَبُهُنَّ** فَإِنَّهُ يَصيرُ مُوليًا منْهُنَّ إنْ لَمْ يَقْرَبْهُنَّ جَميعًا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ بِنَّ عنْدَنَا خلافًا لزُفَرَ، مَعَ أَنَّ لَهُ أَنْ يَطَأَ كُل وَاحدَة منْهُنَّ إلى أَنْ يَأْتيَ عَلى الثَّلاث منْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلزَمُهُ لمَا أَنَّ الحنْثَ لا يَتَعَلقُ بإجْزَاء المَحْلُوف قَبْل أَنْ يَأْتيَ بالكُل، كَمَا لوْ حَلفَ لا يَدْخُلُ هَذه الدُّورَ الأَرْبَعَ لَهُ أَنْ يَدْخُل كُل وَاحدَة منْهَا منْ غَيْرِ حنْث مَا لَمْ يَدْخُل الكُل، ثُمَّ لمَّا كَانَ في مَسْأَلة الحَلف عَلى أَرْبَعِ نسْوَةٍ بنَفْيِ القُرْبَان مُوليًا في الحَال في حَقِّ كُل وَاحدَة منْهُنَّ عُلمَ أَنَّ إمْكَانَ القُرْبَان منْ غَيْر شَيْءٍ يَلزَمُهُ لا يَمْنَعُ صحَّةَ الإِيلاء لأَنَّهُ إنَّمَا صَارَ مُوليًا مَعَ إمْكَان القُرْبَان عَلى الوَجْه المَذْكُور لأَنَّ الحَالفَ ظَالمٌ في حَقِّ كُل وَاحدَة منْهُنَّ بمَنْع حَقِّهَا في الجمَاع، كَمَا لوْ عَقَدَ يَمينَهُ عَلى كُل وَاحدَة منْهُنَّ عَلى الانْفرَاد، إلا أَنَّهُ لا يَلزَمُهُ الكَفَّارَةُ بقُرْبَان بَعْضهنَّ لأَنَّ الكَفَّارَةَ مُوجبُ الحنْث فَلا يَحْنَثُ مَا لَمْ يُتمَّ شَرْطَهُ، وَلكنْ عنْدَ تَمَام الشَّرْط لا يَكُونُ وُجُوبُ الكَفَّارَة بقُرْبَان الأَخيرَة فَقَطْ بَل بقُرْبَانهنَّ جَميعًا. وَأَمَّا وُقُوعُ الطَّلاق في الإيلاء فَباعْتبَار البرِّ، وَذَلكَ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ في كُل وَاحدَة منْهُنَّ فَلهَذَا بنَّ بمُضيِّ المُدَّة كَذَا في النِّهَايَة.

قَال (وَلَوْ حَلفَ بِحَجٍّ أَوْ بِصَوْمٍ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ اليَمِينِ بِاَلله فِي الإِيلاءِ شَرَعَ فِي بَيَانِ اليَمِينِ بِغَيْرِ الله بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ بِأَنْ يُعَلق قُرْبَانَهَا بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ طَلاقٍ أَوْ عِتْقٍ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مُولِيًا لِتَحَقُّقِ المَنْعِ بِاليَمِينِ بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ البَيْعُ مَوْهُومٌ) يَعْنِي لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ (فَلا يَمْنَعُ المَانِعِيَّةَ فِيهِ) أَيْ فِي الإِيلاءِ، وَلكِنْ إِنْ بَاعَ العَبْدُ سَقَطَ الإِيلاءُ عَنْهُ لأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ يَمْلِكُ قُرْبَانَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلزَمَهُ شَيْءٌ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ لزِمَهُ الإِيلاءُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ لأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ لا يَمْلكُ قُرْبَانَهَا إلا بِعِتْقٍ يَلزَمُهُ، وَلوْ كَانَ جَامَعَهَا بَعْدَمَا بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا لأَنَّ اليَمِينَ قَدْ سَقَطَتْ لوُجُودِ شَرْطِ الحِنْثِ بَعْدَ بَيْعِ العَبْدِ، وَإِنْ مَاتَ العَبْدُ قَبْل أَنْ يَبِيعَهُ سَقَطَ الإِيلاءُ لأَنَّهُ يَتَمَكَّنُ مِنْ قُرْبَانِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَلزَمَهُ شَيْءٌ.

(وَإِن آلى مِن المُطَلَقةِ الرَّجعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا، وَإِن آلى مِن البَائِنَةِ لم يَكُن مُولِيًا) لأَنَّ الزَّوجِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الأُولى دُونَ الثَّانِيَةِ، وَمَحَلُّ الإِيلاءِ مَن تَكُونُ مِن نِسَائِنَا بِالنَّصِّ، فَلو انقَضَت العِدَّةُ قَبل انقِضَاءِ مُدَّةِ الإِيلاءِ سَقَطَ الإِيلاءُ لفَوَاتِ المَحلِيَّةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ آلى مِنْ **المُطَلقَة الرَّجْعِيَّة**) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الإِيلاءَ جَزَاءُ الظُّلمِ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ وَالمُطَلقَةُ الرَّجْعِيَّةُ لَيْسَ لهَا حَقٌّ فِي الجِمَاعِ لا قَضَاءً وَلا دِيَانَةً، وَلهَذَا لمْ يَكُنْ لهَا وِلايَةُ المُطَالبَة بِذَلكَ حَتَّى كَانَ المُسْتَحَبُّ للزَّوْجِ أَنْ يُرَاجِعَهَا بِدُونِ الجِمَاعِ فَلا يَكُونُ الزَّوْجُ ظَالمًا فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَتَرَتَّبَ عَليْهِ جَزَاءُ الظُّلمِ الذي هُوَ الإِيلاءُ.

وَأَجَابَ العَلامَةُ شَمْسُ الأَئِمَّة الكَرْدَرِيُّ بِأَنَّ الحُكْمَ فِي المَنْصُوصِ مُضَافٌ إلى النَّصِّ لا إلى المَعْنَى، وَالمُطَلقَةُ الرَّجْعِيَّةُ مِنْ نِسَائِنَا بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالبَعْلُ هُوَ الزَّوْجُ وَكَانَتْ المَرْأَةُ مِنْ نِسَائِه، وَكَانَ الحُكْمُ المُرَتَّبُ عَلى نِسَاءِ الأَزْوَاجِ بِقَوْله تَعَالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ مُرَتَّبًا على المُطَلقَةِ الرَّجْعِيَّة.

(وَلو قَال لأَجنَبِيَّةٍ وَاَللهِ لا أَقرَبُك أَو أَنتِ عَليَّ كَظَهرِ أُمِّي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لم يَكُن مُولِيًا وَلا مُظَاهِرًا) لأَنَّ الكَلامَ فِي مَخرَجِهِ وَقَعَ بَاطِلا لانعِدَامِ المَحلِيَّةِ فَلا يَنقَلبُ صَحِيحًا بَعدَ ذَلكَ (وَإِن قَرِبَهَا كَفَّرَ) لتَحَقُّقِ الحِنثِ إذ اليَمِينُ مُنعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ.

الشرح:

(وَلوْ قَال لأَجْنَبِيَّة وَالله لا أَقْرَبُك أَوْ أَنْت عَليَّ كَظَهْرِ أُمِّي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَكُنْ مُوليًا وَلا مُظَاهِرًا لأَنَّ الكَلامَ فِي مَخْرَجِه وَقَعَ بَاطلا لانْعدَامِ المَحليَّة) إذْ المَحَلُّ نسَاؤُنَا بالنَّصِّ فكَانَ كَبَيْعِ المَيْتة فَيكُونُ بَاطلا (فَلا يَنْقَلبُ بَعْدَ ذَلكَ صَحيحًا، فَإِنْ قَربَهَا كَفَّرَ لتَحَقُّق الحنْث إذْ اليَمينُ مُنْعَقدَةٌ فِي حَقِّه) أيْ فِي حَقِّ الحنْث لأَنَّ اليَمينَ يَعْتَمدُ تَصوُّرَ الفعْل المَحْلُوف عَليْه حسًّا وَلا يَعْتَمدُ حلهُ وَحُرْمَتَهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ قَال وَالله لأَشْرَبَنَّ الخَمْرَ فِي هَذَا اليَوْمِ فَمَضَى اليَوْمُ وَلَمْ يَشْرَبْ حَنِثَ وَإِنْ كَانَ الفعْلُ حَرَامًا مَحْضًا.

(وَمُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهرَانِ) لأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضُرِبَت أَجَلا للبَينُونَةِ فَتَتَنَصَّفُ بِالرِّقِّ كَمُدَّةِ العِدَّةِ.

الشرح:

(وَمُدَّةُ إيلاء الأَمَة شَهْرَان) وَقَال الشَّافعيُّ: مُدَّةُ إيلائهَا كَمُدَّة إيلاءِ الحُرَّة لأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لإِظْهَارِ الظُّلمِ بمَنْعِ الحَقِّ فِي الجمَاعِ، وَالحُرَّةُ وَالأَمَةُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ (وَلَنَا أَنَّ هَذه مُدَّةٌ ضُرِبَتْ أَجَلا للبَيْنُونَة فَتَتَنَصَّفُ بالرِّقِّ كَمُدَّة العدَّة).

(وَإِن كَانَ المُولي مَرِيضًا لا يَقدِرُ عَلى الجمَاعِ أَو كَانَت مَرِيضَةً أَو رَتقَاءَ أَو صَغِيرَةً لا تُجَامَعُ أَو كَانَت بَينَهُمَا مَسَافَةٌ لا يَقدِرُ أَن يَصِل إليهَا فِي مُدَّةِ الإِيلاءِ فَفَيؤُهُ أَن يَقُول بِلسَانِهِ فِئت إليهَا فِي مُدَّةِ الإِيلاءِ، فَإِن قَال ذَلكَ سَقَطَ الإِيلاءُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا فَيءَ إلا بِالجِمَاعِ وَإِليهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ، لأَنَّهُ لو كَانَ فَيئًا لكَانَ حِنثًا. وَلنَا أَنَّهُ آذاهَا بِذِكرِ المَنعِ فَيَكُونُ إرضَاؤُهَا بِالوَعدِ بِاللسَانِ، وَإِذَا ارتَفَعَ الظُّلمُ لا يُجَازَى بِالطَّلاقِ (وَلو قَدَرَ عَلى الجِمَاعِ فِي المُدَّةِ بَطَل ذَلكَ الفَيءُ وَصَارَ فَيؤُهُ بِالجِمَاعِ) لأَنَّهُ قَدَرَ عَلى الأَصل قَبل حُصُول المَقصُودِ بِالحَلفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ المُولي مَرِيضًا) هَذه المَسْأَلةُ عَلى ثَلاثَة أَوْجُه: أَحَدُهَا أَنَّهُ آلى وَهُوَ صَحيحٌ وَبَقيَ بَعْدَ إيلائه صَحيحًا مقْدَارًا يَسْتَطيعُ فِيه أَنْ يُجَامعَهَا ثُمَّ مَرِضَ بَعْدَ ذَلكَ، وَفَيْؤُهُ بالجمَاعِ عنْدَنَا خلافًا لزُفَرَ لأَنَّ المُعْتَبَرَ آخرُ المُدَّة وَهُوَ عَاجزٌ عنْدَهُ فكَانَ كَوَاجدِ المَاءِ فِي أَوَّل الوَقْت فَلمْ يَتوَضَّأْ به حَتَّى عَدمَ المَاءَ جَازَ لهُ التَّيَمُّمُ. وَقُلنَا: لمَّا

تَمكَّنَ مِنْ جِماعِهَا فَقَدْ تَحقَّقَ مِنْهُ الظُّلمُ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ فَلا يَكُونُ رُجُوعُهُ إلا بِإبْقَاءِ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ آلَى **وَهُوَ مَرِيضٌ وَتَمَّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَهُوَ مَرِيضٌ وَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلسَانِه فِئْت إلَيْهَا**؛ فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الإيلاءُ عِنْدَنَا (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا فَيْءَ إلا بِالجِمَاعِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ؛ لأَنَّهُ لوْ كَانَ فَيْئًا لكَانَ حِنْثًا) لأَنَّ الفَيْءَ يَسْتَلزِمُ حُكْمَيْنِ: وُجُوبَ الكَفَّارَةِ وَانْتِفَاءَ الفُرْقَةِ. ثُمَّ الفَيْءُ بِاللسَانِ لا يُعْتَبَرُ فِي أَحَدِ الحُكْمَيْنِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ فَكَذَلِكَ فِي الآخَرِ (وَلَنَا أَنَّهُ آذَاهَا بِذِكْرِ المَنْعِ) لأَنَّ الزَّوْجَ إذَا كَانَ عَاجِزًا عَنْ الجِمَاعِ حَالَ الإيلاءِ لَمْ يَكُنْ قَصْدُهُ الإِضْرَارَ بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ إذْ لا حَقَّ لهَا فِيهِ حِينَئِذٍ وَإِنَّمَا قَصْدُهُ الإِيحَاشُ بِاللسَانِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ ظُلمٌ يَرْتَفِعُ بِاللسَانِ، وَإِذَا أَرْضَاهَا بِاللسَانِ ارْتَفَعَ الظُّلمُ لأَنَّ التَّوْبَةَ بِحَسَبِ الجِنَايَةِ فَلا يُجَازَى بِالطَّلاقِ وَلا يَلزَمُ مِنْ كَوْنِهِ فَيْئًا عَلى هَذَا الوَجْهِ أَنْ تَجِبَ الكَفَّارَةُ لأَنَّهَا جَزَاءُ الحِنْثِ، وَالحِنْثُ لا يَتَحَقَّقُ بِالفَيْءِ بِاللسَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: إذَا كَانَ **المُولِي مَرِيضًا وَقْتَ الإِيلاءِ** وَجَبَ أَنْ لا يَتَحَقَّقَ الإِيلاءُ لِعَدَمِ الظُّلمِ بِمَنْعِ حَقِّهَا إذْ لَيْسَ لهَا حَقٌّ فِي الجِمَاعِ إذْ ذَاكَ، فَالجَوَابُ مَا نَقَلنَاهُ عَنْ العَلامَةِ شَمْسِ الأَئِمَّةِ الكَرْدَرِيِّ، وَقَدْ ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ البُيُوعِ. وَالثَّالِثُ أَنَّهُ آلَى وَهُوَ مَرِيضٌ وَقَدَرَ عَلى الجِمَاعِ فِي المُدَّةِ وَفَيْؤُهُ بِالجِمَاعِ سَوَاءٌ كَانَ فَاءَ إلَيْهَا فِي مَرَضِهِ بِالقَوْلِ أَوْ لَمْ يَفِئْ، أَمَّا إذَا لَمْ يَفِئْ فَظَاهِرٌ وَكَذَلِكَ إذَا فَاءَ لأَنَّهُ قَدَرَ عَلى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالخَلفِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: المُولِي إذَا كَانَ مَرِيضًا حَالَ الإِيلاءِ لا نُسَلمُ أَنَّ الأَصْلَ فِي فَيْئِهِ الجِمَاعُ لِمَا ذَكَرْنَا آنِفًا أَنَّهُ آذَاهَا بِذِكْرِ المَنْعِ فَيَكُونُ إرْضَاؤُهَا بِالوَعْدِ بِاللسَانِ. وَالجَوَابُ أَنَّ المَرَضَ قَدْ يَطُولُ وَقَدْ يَقْصُرُ، فَعَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَقْصُرَ عَنْ مُدَّةِ الإِيلاءِ وَيَقْدِرَ عَلى الجِمَاعِ صَارَ ظَالِمًا بِمَنْعِ حَقِّهَا فِي الجِمَاعِ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ قَصْدَهُ فِي الابْتِدَاءِ لَمْ يَكُنْ إلا مَنْعُ الحَقِّ بِالجِمَاعِ. وَالأَصْلُ فِي الفَيْءِ حِينَئِذٍ الجِمَاعُ، وَلكِنْ فِي إطْلاقِ الخَلفِ بَعْضُ تَسَامُحٍ عَلى قَوَدِ كَلامِهِ فَتَأَمَّل.

(وَإِذَا **قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ** سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ)، فَإِنْ قَالَ أَرَدْت الكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ، وَقِيلَ لا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ لأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا (وَإِنْ

قَال أَرَدْت الطَّلاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ إلا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلاثَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الكِنَايَاتِ (وَإِنْ قَال أَرَدْت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لَيْسَ بِظِهَارٍ لانْعِدَامِ التَّشْبِيهِ بِالمُحَرَّمَةِ وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَطلقَ الحُرمَةَ وَفِي الظِّهَارِ نَوعُ حُرمَةٍ وَالمُطلقُ يَحتَمِلُ المُقيَّدَ (وَإِن قَال أَرَدت التَّحرِيمَ أَو لم أُرِد بِهِ شَيئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِيًا) لأنَّ الأصل فِي تَحرِيمِ الحَلال إنَّمَا هُوَ يَمِينٌ عِندَنَا وَسَنَذكُرُهُ فِي الأيمَانِ إن شَاءَ اللهُ. وَمِن المَشَايِخِ مَن يَصرِفُ لفظَةَ التَّحرِيمِ إلى الطَّلاقِ مِن غَيرِ نِيَّةٍ بِحكمِ العُرفِ، وَاللهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَال **لامْرَأَته أَنْت عَلَيَّ حَرَامٌ** سُئِل عَنْ نِيَّته) لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ وُجُوهًا لا يَمْتَازُ بَعْضُهَا عَنْ بَعْضٍ إلا بِالإِرَادَةِ (فَإِنْ قَال أَرَدْت الكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَال) لا يَقَعُ طَلاقٌ وَلا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ إيلاءً وَلا ظِهَارًا (لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِه) لأَنَّ المَرْأَةَ كَانَتْ حَلالا لَهُ، فَقَوْلُهُ أَنْتِ حَرَامٌ خَبَرٌ لَيْسَ بِمُطَابِقٍ لِلوَاقِعِ فَيَكُونُ كَذِبًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الكَذِبَ إذَا كَانَ حَقِيقَةَ كَلامِهِ وَجَبَ أَنْ يَنْصَرِفَ إلَيْهِ، وَلا يَنْصَرِفُ إلَى غَيْرِهِ إلا بِقَرِينَةٍ أَوْ نِيَّةٍ لأَنَّ الحَقِيقَةَ لا تَحْتَاجُ إلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ (وَقِيل لا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ).

ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ وَالكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرَيْهِمَا أَنَّ القَاضِيَ لا يُصَدِّقُهُ فِي إبْطَال الإِيلاءِ (لأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا) لِكَوْنِهِ تَحْرِيمَ الحَلال كَمَا نَذْكُرُهُ (وَإِنْ قَال أَرَدْت الطَّلاقَ) فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا مِنْ العَدَدِ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ (فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وَإِنْ نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ) لأَنَّهُ مِنْ الكِنَايَاتِ وَقَدْ تَقَدَّمَ البَحْثُ فِيهَا (وَإِنْ قَال أَرَدْت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لَيْسَ بِظِهَارٍ) نَقَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ عَنْ النَّوَادِرِ. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الظِّهَارَ تَشْبِيهُ المُحَلَّلةِ بِالمُحَرَّمَةِ وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ وَلا تَشْبِيهَ هَهُنَا فَلا يَكُونُ ظِهَارًا (وَلَهُمَا أَنَّهُ أَطْلَقَ الحُرْمَةَ) وَهِيَ تَحْتَمِلُ أَنْوَاعًا، وَالظِّهَارُ نَوْعٌ مِنْهَا فَيَكُونُ مِنْ مُحْتَمَلاتِ مُطْلَقِ الحُرْمَةِ، وَمَنْ نَوَى مُحْتَمَل كَلامِهِ صُدِّقَ (وَإِنْ قَال أَرَدْت التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أُرِدْ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِيًا) فَإِنْ قَرِبَهَا كَفَّرَ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِالإِيلاءِ. أَمَّا إذَا أَرَادَ التَّحْرِيمَ (فَلأَنَّ الأَصْل فِي تَحْرِيمِ الحَلال إنَّمَا هُوَ اليَمِينُ عِنْدَنَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] إلَى

قَوْله ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُرِدْ شَيْئًا فَلأَنَّ الحُرْمَةَ الثَّابتَةَ باليَمين أَدْنَى الحُرُمَات لأَنَّ فِي الإِيلاءِ الوَطْءَ حَلالٌ قَبْل الكَفَّارَة وَفي الظِّهَار لَيْس كَذَلكَ؛ وَلأَنَّ الحُرْمَةَ فِي الإِيلاءِ لا تَثْبُتُ فِي الحَال مَا لَمْ تَنْقَضِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، وَفِي الظِّهَارِ تَثْبُتُ فِي الحَال. وَإِذَا أُرِيدَ بِهِ الطَّلاقُ وَقَعَ بَائِنًا وَيُحَرِّمُ الوَطْءَ وَالإِيلاءُ لا يُحَرِّمُ الوَطْءَ، فَلمَّا كَانَتْ حُرْمَةُ اليَمين أَدْنَى الحُرُمَات تَعَيَّنَتْ لتَيَقُّنها، وَسَيَجيءُ الكَلامُ فِيه فِي الأَيْمَان إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَمِنْ مَشَايِخنَا مَنْ يَصْرِفُ لَفْظَ التَّحْرِيم إِلى الطَّلاق بدُون النِّيَّة) قَال أَبُو بَكْرٍ الإِسْكَافُ وَأَبُو جَعْفَرٍ الهِنْدُوَانِيُّ وَأَبُو بَكْرِ بْنُ سَعيد: قَال الفَقيهُ أَبُو اللَّيْث: وَبِهِ نَأْخُذُ لأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي زَمَانِنَا هَذَا أَنَّهُمْ يُرِيدُونَ بِهَذَا اللفْظِ الطَّلاقَ، وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ.

بَابُ الخُلع

(وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوجَانِ وَخَافَا أَن لا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلا بَأسَ بِأَن تَفتَدِيَ نَفسَهَا مِنهُ بِمَالٍ يَخلعُهَا بِهِ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ **[البقرة: ٢٢٩] (فَإِذَا فَعَلا ذَلكَ وَقَعَ بِالخُلعِ تَطليقَةٌ بَائِنَةٌ وَلزِمَهَا المَالُ) لقَولِهِ ﷺ «الخُلعُ تَطليقَةٌ بَائِنَةٌ»[1] وَلأَنَّهُ يَحتَمِلُ الطَّلاقَ حَتَّى صَارَ مِنَ الكِنَايَاتِ، وَالوَاقِعُ بِالكِنَايَةِ بَائِنٌ إلا أَن ذِكرَ المَال أَغنَى عَنِ النِّيَّةِ هُنَا، وَلأَنَّهَا لا تُسلمُ المَال إلا لتَسلمَ لهَا نَفسُهَا وَذَلكَ بِالبَينُونَةِ.**

الشرح:

(**بَابُ الخُلع**): أَخَّرَ الخُلعَ عَنْ الإِيلاءِ لمَعْنَيَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الإِيلاءَ لتَجَرُّده عَنْ المَال كَانَ أَقْرَبَ إِلى الطَّلاق، بخلاف الخُلع فَإِنَّ فيه مَعْنَى المُعَاوَضَة منْ جَانب المَرْأَة. وَالثَّاني أَنَّ مَبْنَى الإِيلاءِ نُشُوزٌ منْ قبَل الزَّوْجِ، وَالخُلعُ نُشُوزٌ منْ قبَل المَرْأَة غَالبًا فَقَدَّمَ مَا بالرَّجُل عَلَى مَا بالمَرْأَة، وَالخُلعُ بالضَّمِّ اسْمٌ منْ قَوْلهمْ خَالعَتْ المَرْأَةُ زَوْجَهَا وَاخْتَلعَتْ منْهُ بمَالهَا. وَهُوَ فِي الشَّرِيعَة عبَارَةٌ عَنْ أَخْذ مَالٍ منْ المَرْأَة بإِزَاءِ ملك النِّكَاح بلفْظ الخُلعِ. **وَشَرْطُهُ** شَرْطُ الطَّلاق. **وَحُكْمُهُ** وُقُوعُ الطَّلاق البَائنِ. **وَصفَتُهُ** أَنَّهُ منْ جَانب المَرْأَة مُعَاوَضَةٌ عَلى قَوْل أَبي حَنيفَةَ وَيَمينٌ منْ الجَانبَيْن عنْدَهُمَا عَلى مَا سَيَأْتي بَيَانُ ثَمَرَة الخلاف (إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ) أَيْ تَخَاصَمَا وَصَارَ كُلٌّ منْهُمَا فِي شقٍّ: أَيْ جَانبٍ (وَخَافَا أَنْ لا يُقيمَا حُدُود

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥١٨/٧)، وانظر نصب الراية (٣٤٧/٣).

الله) أَيْ مَا يَلزَمُهُمَا مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ (فَلا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ المَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ) تَبْذُلُهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ أَيْ فَلا جُنَاحَ عَلى الرَّجُلِ فِيمَا أَخَذَ وَلا عَلى المَرْأَةِ فِيمَا أَعْطَتْ، سَمَّى اللهُ تَعَالَى مَا أَعْطَتْهُ فِدَاءً مِنْ فَدَاهُ مِنَ الأَسْرِ: إِذَا اسْتَنْقَذَهُ لِمَا أَنَّ النِّسَاءَ عَوَانٌ عِنْدَ الأَزْوَاجِ بِالحَدِيثِ وَكَانَ المَالُ الذي يُعْطَى فِي تَخْلِيصِهِنَّ فِدَاءً (فَإِذَا فَعَلا ذَلِكَ وَقَعَ طَلاقٌ بَائِنٌ وَلَزِمَهَا المَالُ لِقَوْلِهِ ﷺ «**الخُلعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ**») رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ مَوْقُوفًا عَلَيْهِمْ وَمَرْفُوعًا إِلى رَسُولِ الله ﷺ (وَلأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الطَّلاقَ حَتَّى صَارَ مِنْ الكِنَايَاتِ) فَإِذَا **قَالَ خَالَعْتُكِ وَلَمْ يَذْكُرْ العِوَضَ وَنَوَى بِهِ الطَّلاقَ** وَقَعَ (وَالوَاقِعُ بِالكِنَايَةِ بَائِنٌ).

فَإِذَا قِيلَ لَوْ صَارَ مِنْ الكِنَايَاتِ لَكَانَتْ النِّيَّةُ شَرْطًا وَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إلا أَنَّ ذِكْرَ المَالِ أَغْنَى عَنْ النِّيَّةِ هَهُنَا) وَقَدْ قِيلَ فِي بَيَانِهِ إِنَّ الخُلعَ يَحْتَمِلُ الانْخِلاعَ عَنْ اللِّبَاسِ أَوْ عَنْ الخَيْرَاتِ أَوْ عَنْ النِّكَاحِ، فَلَمَّا ذَكَرَ العِوَضَ تَعَيَّنَ الانْخِلاعُ عَنْ النِّكَاحِ فَلا يَحْتَاجُ إِلى النِّيَّةِ (وَلأَنَّهَا لا تُسَلِّمُ المَالَ إلا لِتَسْلَمَ لَهَا نَفْسُهَا وَذَلِكَ بِالبَيْنُونَةِ).

(وَإِن كَانَ النُّشُوزُ مِن قِبَلِهِ يُكرَهُ لهُ أَن يَأخُذَ مِنهَا عِوَضًا) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾ **[النساء: ٢٠] إِلَى أَن قَالَ** ﴿ فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ **وَلأَنَّهُ أَوحَشَهَا بِالاستِبدَالِ فَلا يَزِيدُ فِي وَحشَتِهَا بِأَخذِ المَالِ (وَإِن كَانَ النُّشُوزُ مِنهَا كَرِهنَا لهُ أَن يَأخُذَ مِنهَا أَكثَرَ مِمَّا أَعطَاهَا) وَفِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ طَابَ الفَضلُ أَيضًا لإِطلاقِ مَا تَلونَا بَدءًا. وَوَجهُ الأُخرَى قَولُهُ ﷺ فِي امرَأَةِ ثَابِتِ بنِ قَيسِ بنِ شِمَاسٍ «أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلا»[١] وَقَد كَانَ النُّشُوزُ مِنهَا (وَلو أَخَذَ الزِّيَادَةَ جَازَ فِي القَضَاءِ) وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ وَالنُّشُوزُ مِنهُ لأَنَّ مُقتَضَى مَا تَلونَا شَيئَانِ الجَوَازُ حُكمًا وَالإِبَاحَةُ، وَقَد تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ فَبَقِيَ مَعمُولا فِي البَاقِي.**

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ) يُقَالُ نَشَزَتْ المَرْأَةُ عَلى زَوْجِهَا فَهِيَ نَاشِزَةٌ: إِذَا اسْتَعْصَتْ عَلَيْهِ أَوْ أَبْغَضَتْهُ. وَعَنْ الزَّجَّاجِ: النُّشُوزُ يَكُونُ مِنْ الزَّوْجَيْنِ وَهِيَ كَرَاهَةُ كُل

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٣٢١) عن عطاء مرسلا، وقال: أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، والمرسل أصح، وفي (٣/٢٥٥) عن أبي الزبير، وانظر نصب الراية (٣/٣٤٩).

وَاحد منْهُمَا صَاحبَهُ (يُكْرَهُ لهُ أَنْ يَأْخُذَ عوَضًا لقَوْله تَعَالى ﴿ فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔاۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ [النساء: ٢٠]).

إِنْ قيل: النَّهْيُ وَرَدَ عَنْ فعْلٍ حسِّيٍّ وَهُوَ الأَخْذُ وَمثْلُهُ يَقْتَضِي عَدَمَ المَشْرُوعيَّة، ثُمَّ هُوَ مُؤَكَّدٌ بتَوَاكيدَ هيَ قَوْلُهُ ﴿ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾. ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا ﴾ [النساء: ٢١] فَكَيْفَ الجَوَازُ مَعَ الكَرَاهَة؟ أُجيبَ بأَنَّ النَّهْيَ وَإِنْ وَرَدَ عَنْ فعْلٍ حسِّيٍّ وَلكنَّهُ لمَعْنًى في غَيْره وَهُوَ زيَادَةُ الإِيحَاشِ فَلا يَعْدَمُ المَشْرُوعيَّةَ في نَفْسه كَمَا في قَوْله ﷺ « **لا تَتَّخذُوا الدَّوَابَّ كَرَاسيَّ** » وَإِلى هَذَا أَشَارَ بدَليله الثَّاني وَهُوَ قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بالاسْتبْدَال فَلا يَزِيدُ في وَحْشَتهَا بأَخْذ المَال (وَإِنْ كَانَ **النُّشُوزُ منْهَا كَرِهْنَا لهُ** أَنْ يَأْخُذَ منْهَا أَكْثَرَ ممَّا أَعْطَاهَا. وَفي الجَامع الصَّغير: طَابَ الفَضْلُ أَيْضًا لإطْلاق مَا تَلوْنَا بَدْءًا): أَيْ أَوَّلا، يَعْني قَوْله تَعَالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فَإِنَّهُ لا يَفْصلُ بَيْنَ الفَضْل وَغَيْره (وَوَجْهُ الرِّوَايَة الأُخْرَى) أَيْ روَايَة القُدُوريِّ وَهيَ روَايَةُ كتَاب الطَّلاق في الأَصْل (قَوْلُهُ ﷺ في امْرَأَة ثَابت بْن قَيْس بْن شَمَّاسٍ " **أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلا** ") وَقصَّتُهَا مَا رُويَ «أَنَّ جَميلةَ بنْتَ سَلُول كَانَتْ تَحْتَ ثَابت بْنِ قَيْسٍ، فَجَاءَتْ إلى رَسُول الله ﷺ فَقَالتْ: لا أَعْتبُ عَلى ثَابتٍ في دينٍ وَلا في خُلُقٍ، وَلكنِّي أَخْشَى الكُفْرَ في الإِسْلامِ لشدَّة بُغْضي إِيَّاهُ، فَقَال: أَتَرُدِّينَ إليْه حَديقَتَهُ؟ فَقَالتْ: نَعَمْ وَزيَادَةً، فَقَال ﷺ: **أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلا**» (وَكَانَ النُّشُوزُ منْهَا) بمَا رَوَيْنَا منْ الحَديث، فَكَانَ قَوْلُهُ " أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلا " يَنْفي إبَاحَةَ أَخْذ الفَضْل عَلى مَا نَذْكُرُهُ، وَإِذَا انْتَفَى الإِبَاحَةُ كَانَ مَكْرُوهًا (وَلوْ أَخَذَ الزِّيَادَةَ جَازَ في القَضَاء، وَكَذَلكَ إذَا أَخَذَ وَالنُّشُوزُ منْهُ لأَنَّ مُقْتَضَى مَا تَلوْنَا) منْ قَوْله تَعَالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾.

(شَيْئَان: الجَوَازُ حُكْمًا) أَيْ جَوَازُ أَخْذ الزِّيَادَة في القَضَاء (وَالإِبَاحَةُ) أَيْ إبَاحَةُ أَخْذ الزِّيَادَة هَكَذَا فَسَّرَ الشَّارحُونَ كَلامَ المُصَنِّف رَحمَهُ اللهُ وَفَرَّقُوا بَيْنَ العبَارَتَيْن بأَنَّ كُل مُبَاحٍ جَائزٌ دُونَ العَكْس، لأَنَّ الجَوَازَ ضدُّ الحُرْمَة وَالإِبَاحَةَ ضدُّ الكَرَاهَة. فَإِذَا انْتَفَى الجَوَازُ ثَبَتَ ضدُّهُ وَهُوَ الحُرْمَةُ فَتَنْتَفي الإِبَاحَةُ أَيْضًا، وَإِذَا انْتَفَتْ الإِبَاحَةُ ثَبَتَ ضدُّهَا وَهُوَ الكَرَاهَةُ، وَلا يَنْتَفي به الجَوَازُ لجَوَازِ اجْتمَاعِ الجَوَازِ مَعَ الكَرَاهَة (وَقَدْ تُركَ) يَعْني مَا

تَلوْنَا (فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ " أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلا " لِكَوْنِهِ نَهْيًا لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ زِيَادَةُ الإِيحَاشِ كَمَا تَقَدَّمَ وَهُوَ لا يَعْدَمُ المَشْرُوعِيَّةَ (فَبَقِيَ مَعْمُولا فِي البَاقِي) وَهُوَ الجَوَازُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ عَنْ الرَّدِّ، وَكَلامُنَا فِي كَرَاهِيَةِ الأَخْذِ فَلَيْسَ الحَدِيثُ مُتَّصِلا بِمَحَلِ النِّزَاعِ. وَالثَّانِي أَنَّ الحَدِيثَ خَبَرُ وَاحِدٍ وَهُوَ لا يُعَارِضُ الكِتَابَ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ الرَّدَّ إِذَا كَانَ غَيْرَ مُبَاحٍ وَهِيَ نَاشِزَةٌ فَكَانَ الأَخْذُ مِنْهَا وَهُوَ غَيْرُ نَاشِزٍ أَوْلَى أَنْ لا يَكُونَ مُبَاحًا فَكَانَ مُتَّصِلا بِمَحَلِ النِّزَاعِ مِنْ هَذَا الوَجْهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ المُعَارِضَ لِلكِتَابِ إِذَا أَخَذَ أَبَانَ وَهُوَ نَاشِزٌ قَوْله تَعَالَى ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ إلى قَوْلِهِ ﴿فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ وَالكِتَابُ يَجُوزُ أَنْ يُعَارِضَ الكِتَابَ، وَإِذَا عُورِضَ الكِتَابُ بِالكِتَابِ جَازَ بَعْدَهُ أَنْ يُعَارَضَ بِالخَبَرِ فَكَانَ الحَدِيثُ مُعَارِضًا لِلكِتَابِ بَعْدَ مُعَارَضَةِ الكِتَابِ بِالكِتَابِ فَكَانَتْ جَائِزَةً.

(وَإِن طَلَقهَا عَلى مَالٍ فَقَبِلت وَقعَ الطَّلاقُ وَلزِمَهَا المَالُ) لأَنَّ الزَّوجَ يَستَبِدُّ بِالطَّلاقِ تَنجِيزًا وَتَعلِيقًا وَقد عَلقهُ بِقَبُولهَا، وَالمَرأَةُ تَملكُ التِزَامَ المَال لوِلايَتِهَا عَلى نَفسِهَا، وَمِلكِ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الاعتِيَاضُ عَنهُ وَإِن لم يَكُن مَالا كَالقِصَاصِ (وَكَانَ الطَّلاقُ بَائِنًا) لمَا بَيِّنَّا وَلأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَال بِالنَّفسِ وَقد مَلكَ الزَّوجُ أَحَدَ البَدَلينِ فَتَملكُ هِيَ الآخَرَ وَهِيَ النَّفسُ تَحقِيقًا للمُسَاوَاةِ.

الشرح:

(وَإِنْ طَلَقَهَا عَلى مَالٍ) مِثْل أَنْ **قَال أَنْت طَالِقٌ بِأَلف دِرْهَمٍ أَوْ عَلى أَلفِ دِرْهَمٍ (فَقَبِلتْ** وَقَعَ الطَّلاقُ وَلزِمَ المَالُ) لأَنَّ هَذَا تَصَرُّفُ مُعَاوَضَةٍ يَعْتَمِدُ أَهْلِيَّةَ المُتَعَاوِضَيْنِ وَصَلاحِيَةَ المَحَل وَالكُلُّ حَاصِلٌ، أَمَّا أَهْلِيَّةُ الزَّوْجِ فَلأَنَّهُ يَسْتَبِدُّ بِالطَّلاقِ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا لا مَحَالةَ، وَقَدْ عَلقَهُ بِقَبُولهَا بِدَلالةِ مَقَامِ المُعَاوَضَةِ فَإِنَّ الحُكْمَ فِيهِ مُتَعَلِقٌ بِالقَبُول، وَأَمَّا أَهْلِيَّةُ المَرْأَةِ فَلأَنَّهَا تَمْلكُ التِزَامَ المَال لوِلايَتِهَا عَلى نَفْسِهَا، وَأَمَّا صَلاحِيَةُ المَحَل فَلأَنَّ مِلكَ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَإِنْ لمْ يَكُنْ مَالا كَالقِصَاصِ فَإِنَّهُ ليْسَ بِمَالٍ، وَجَازَ أَخْذُ العِوَضِ عَنْهُ وَالجَامِعُ وُجُودُ التِزَامٍ مِنْ أَهْلِهِ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ (وَإِذَا وَقَعَ الطَّلاقُ كَانَ بَائِنًا لمَا بَيِّنَّا) أَنَّهَا لا تُسَلمُ المَال إلا لتَسْلمَ لهَا نَفْسُهَا (وَلأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَال

بِالنَّفْسِ وَقَدْ مَلَكَ الزَّوْجُ أَحَدَ البَدَلَيْنِ فَتَمْلكُ الزَّوْجَةُ البَدَلَ الآخَرَ وَهُوَ النَّفْسُ تَحْقِيقًا لِلمُسَاوَاة).

قَالَ (وَإِن بَطَلَ العِوَضُ فِي الخُلعِ مِثل أَن يُخَالِعَ المُسلمُ عَلَى خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ أَو مَيتَةٍ فَلا شَيءَ للزَّوجِ وَالفُرقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِن بَطَلَ العِوَضُ فِي الطَّلاقِ كَانَ رَجعِيًّا) فَوُقُوعُ الطَّلاقِ فِي الوَجهَينِ للتَّعليقِ بِالقَبُول وَافتِرَاقُهُمَا فِي الحُكمِ لأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ العِوَضُ كَانَ العَامِلُ فِي الأَوَّل لفظُ الخُلعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ، وَفِي الثَّانِي الصَّرِيحُ وَهُوَ يَعقُبُ الرَّجعَةَ وَإِنَّمَا لم يَجِب للزَّوجِ شَيءٌ عَلَيهَا لأَنَّهَا مَا سَمَّت مَالا مُتَقَوِّمًا حَتَّى تَصِيرَ غَارَّةً لَهُ، وَلأَنَّهُ لا وَجهَ إلى إيجَابِ المُسَمَّى للإِسلامِ وَلا إلى إيجَابِ غَيرِهِ لعَدَمِ الالتِزَامِ، بِخِلافِ مَا إذَا خَالَعَ عَلَى خَلٍّ بِعَينِهِ فَظَهَرَ أَنَّهُ خَمرٌ لأَنَّهَا سَمَّت مَالا فَصَارَ مَغرُورًا، وَبِخِلافِ مَا إذَا كَاتَبَ أَو أَعتَقَ عَلَى خَمرٍ حَيثُ تَجِبُ قِيمَةُ العَبدِ لأَنَّ مِلكَ المَولى فِيهِ مُتَقَوِّمٌ وَمَا رَضِيَ بِزَوَالِهِ مَجَّانًا، أَمَّا مِلكُ البِضعِ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ غَيرُ مُتَقَوِّمٍ عَلَى مَا نَذكُرُ، وَبِخِلافِ النِّكَاحِ لأَنَّ البِضعَ فِي حَالَةِ الدُّخُول مُتَقَوِّمٌ، وَالفِقهُ أَنَّهُ شَرِيفٌ فَلَم يَشرَع تَمَلُّكَهُ إلا بِعِوَضٍ إظهَارًا لشَرَفِهِ، فَأَمَّا الإِسقَاطُ فَنَفسُهُ شَرَفٌ فَلا حَاجَةَ إلى إيجَابِ المَال.

الشرح:

(قَال: وَإِنْ بَطَل العِوَضُ فِي الخُلعِ) إذَا **خَالعَ المُسْلمُ** امْرَأَتَهُ **عَلى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَة** فَلا شَيْءَ لِلزَّوْجِ لِبُطْلانِ العِوَضِ المُسَمَّى وَالفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ طَلقَهَا عَلى ذَلكَ وَهِيَ مَدْخُولٌ بِهَا وَلَمْ يَكُنْ الطَّلاقُ الوَاقِعُ الطَّلقَةَ الثَّالثَةَ فَلا شَيْءَ لهُ وَالطَّلاقُ رَجْعِيٌّ، أَمَّا الاشْتِرَاكُ فِي وُقُوعِ الطَّلاقِ فَإِنَّهُ عَلقَهُ بِقَبُولهَا وَقَدْ قَبلتْ، وَأَمَّا الافْتِرَاقُ بَيْنَهُمَا بِالبَيْنُونَة وَالرَّجْعَة فَلأَنَّهُ لمَّا بَطَل العِوَضُ كَانَ العَامِلُ فِي الأَوَّل لفْظَ الخُلعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ إذَا لمْ يَكُنْ مِنْ الأَلفَاظِ الثَّلاثَة، وَهَذِهِ اللفْظَةُ ليْسَتْ مِنْهَا، وَفِي الثَّانِي الصَّرِيحُ وَهُوَ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَأَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ شَيْءٍ عَليْهَا لِلزَّوْجِ فَلأَنَّهَا مَا سَمَّتْ مَالا مُتَقَوِّمًا لِتَصِيرَ غَارَّةً لهُ، وَلأَنَّهُ لا وَجْهَ لإِلزَامِ المُسَمَّى لامْتِنَاعِ المُسْلمِ عَنْ تَسْليمِه وَتَسَلُّمه وَلا إلزَامِ غَيْرِه لِعَدَمِ الالتِزَامِ بِه (بِخِلاف مَا إذَا **خَالعَ عَلى خَلٍّ بِعَيْنِه فَظَهَرَ خَمْرًا**) فَإِنَّهُ يَلزَمُهُ عَليْهَا رَدُّ المَهْرِ الذي أَخَذَتْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَهُمَا كَيْلُ مِثْلِ ذَلكَ مِنْ خَلٍّ وَسَطٍ، وَهَذَا وَالصَّدَاقُ سَوَاءٌ لأَنَّهَا سَمَّتْ مَالا وَغَرَّتْهُ بِذَلكَ فَكَانَتْ

ضَامِنَةً لأَنَّ التَّغْرِيرَ فِي ضِمْنِ العَقْدِ يُوجِبُ الضَّمَانَ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا **كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ** حَيْثُ تَكُونُ الكِتَابَةُ فَاسِدَةً وَإِنْ أَدَّاهَا عَتَقَ وَعَلَى العَبْدِ قِيمَتُهُ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَبِخِلافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَى خَمْرٍ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ العَبْدِ لأَنَّ مِلْكَ المَوْلَى فِيهِ) أَيْ فِي العَبْدِ (مُتَقَوِّمٌ) حَتَّى لَوْ غُصِبَ وَجَبَتْ القِيمَةُ عَلَى الغَاصِبِ (وَمَا رَضِيَ بِزَوَالِهِ مَجَّانًا) فَلَمَّا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَسْلِيمِ البَدَلِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِهِ لَزِمَ قِيمَةُ المُبْدَلِ وَهُوَ الرَّقَبَةُ المُتَقَوِّمَةُ (أَمَّا مِلْكُ البُضْعِ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ فَغَيْرُ مُتَقَوِّمٍ عَلَى مَا يُذْكَرُ) بُعَيْدَ هَذَا بِقَوْلِهِ " وَالفِقْهُ " فَلا يَلزَمُهَا شَيْءٌ، وَهَذَا الجَوَابُ بِالنِّسْبَةِ إِلى العَبْدِ ظَاهِرٌ كَمَا تَرَى، وَكَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلى المُكَاتَبِ لأَنَّ مِلْكَ المَوْلَى لَمَّا كَانَ فِيهِ مُتَقَوِّمًا لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ بِلا بَدَلٍ، وَلَمَّا لَمْ يَصِحَّ البَدَلُ فَسَدَتْ الكِتَابَةُ، وَأَمَّا مِلْكُ البُضْعِ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا لَمْ يَلزَمْ مِنْ بُطْلانِ البَدَلِ فَسَادُ الخُلعِ، وَإِنَّمَا عَتَقَ المُكَاتَبُ إِذَا أَدَّى الخَمْرَ المُسَمَّاةَ لأَنَّ فِي الكِتَابَةِ تَعْلِيقَ العِتْقِ بِأَدَاءِ المُسَمَّى وَقَدْ وُجِدَ الشَّرْطُ فَيَقَعُ المَشْرُوطُ. قِيلَ وَفِي قَوْلِهِ عَلَى خَمْرٍ تَلوِيحٌ إِلى أَنَّهُ لَوْ **كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ** فَالكِتَابَةُ بَاطِلَةٌ، حَتَّى لَوْ أَدَّى لَمْ يَعْتِقْ وَلا تَجِبُ القِيمَةُ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ النِّكَاحِ) لِلفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الخُلعِ حَيْثُ صَحَّ وَوَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ وَالخُلعُ صَحَّ وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ (لأَنَّ البُضْعَ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ مُتَقَوِّمٌ) وَلِهَذَا إِذَا تَزَوَّجَ المَرِيضُ امْرَأَةً بِمَهْرِ مِثْلِهَا كَانَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ (وَالفِقْهُ) مَا ذَكَرَهُ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَال (وَمَا جَازَ أَن يَكُونَ مَهرًا جَازَ أَن يَكُونَ بَدَلا فِي الخُلعِ) لأَنَّ مَا يَصلُحُ عِوَضًا لِلمُتَقَوِّمِ أَولى أَن يَصلُحَ عِوَضًا لِغَيرِ المُتَقَوِّمِ.

الشرح:

قَال (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا فِي النِّكَاحِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلا فِي الخُلعِ) كُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا فِي النِّكَاحِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلا فِي الخُلعِ وَلا يَنْعَكِسُ (لأَنَّ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا لِلمُتَقَوِّمِ أَوْلَى أَنْ يَصْلُحَ عِوَضًا لِغَيْرِهِ) وَلا يَنْعَكِسُ، فَإِذَا **اخْتَلعَتْ مِنْهُ عَلَى مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهَا** جَازَ، وَلَهُ مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهَا وَقْتَ الخُلعِ دُونَ مَا حَدَثَ بَعْدَهُ. وَلَوْ **تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهِ** وَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ لأَنَّ التَّسْمِيَةَ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لِكَوْنِ مَا فِي البَطْنِ لَيْسَ بِمَالٍ فِي الحَالِ وَإِنْ كَانَ بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرَ مَالا

بالانْفصَال لكنَّهَا بالنَّظَرِ إلى ذَلكَ تَكُونُ فِي مَعْنَى الإِضَافَة أَوْ التَّعْليق، وَأَحَدُ العِوَضَيْنِ وَهُوَ مَنَافِعُ البُضْعِ فِي بَابِ النِّكَاحِ لا يَحْتَمِلُ التَّعْليقَ وَالإِضَافَةَ فَكَذَلكَ العِوَضُ الآخَرُ.

وَأَمَّا الخُلعُ فَأَحَدُ العِوَضَيْنِ فِيهِ وَهُوَ الطَّلاقُ يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ وَالتَّعْليقَ بالشَّرْطِ فَكَذَلكَ العِوَضُ الآخَرُ فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُ تَسْمِيَة مَا فِي البَطْنِ باعْتبَارِ المَآل، وَإِذَا صَحَّتْ التَّسْميَةُ فَلَهُ المُسَمَّى إنْ وُجدَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي بُطُونِهَا شَيْءٌ فَلا شَيْءَ لَهُ لأَنَّهَا مَا غَرَّتْهُ لأَنَّ مَا فِي البَطْنِ قَدْ يَكُونُ مَالا مُتَقَوِّمًا وَقَدْ يَكُونُ رِيحًا.

(فَإِن قَالت لهُ خَالعنِي عَلى مَا فِي يَدِي فَخَالعَهَا فَلم يَكُن فِي يَدِهَا شَيءٌ فَلا شَيءَ لهُ عَليهَا) لأَنَّهَا لم تَغُرَّهُ بِتَسمِيَةِ المَال (وَإِن قَالت خَالعنِي عَلى مَا فِي يَدِي مِن مَالٍ فَخَالعَهَا فَلم يَكُن فِي يَدِهَا شَيءٌ رَدَّت عَليهِ مَهرَهَا) لأَنَّهَا لمَّا سَمَّت مَالا لم يَكُن الزَّوجُ رَاضِيًا بِالزَّوَال إلا بِعِوَضٍ، وَلا وَجهَ إلى إيجَابِ المُسَمَّى وَقِيمَتِهِ للجَهَالةِ وَلا إلى قِيمَةِ البِضعِ: أَعنِي مَهرَ المِثل لأَنَّهُ غَيرُ مُتَقَوِّمٍ حَالةَ الخُرُوجِ فَتَعَيَّنَ إيجَابُ مَا قَامَ بِهِ عَلى الزَّوجِ دَفعًا للضَّرَرِ عَنهُ (وَلو قَالت خَالعنِي عَلى مَا فِي يَدِي مِن دَرَاهِمَ أَو مِن الدَّرَاهِمِ فَفَعَل فَلم يَكُن فِي يَدِهَا شَيءٌ فَعَليهَا ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ) لأَنَّهَا سَمَّت الجَمعَ وَأَقَلُّهُ ثَلاثَةٌ، وَكَلمَةُ مِن هَهُنَا للصِّلةِ دُونَ التَّبعِيضِ لأَنَّ الكَلامَ يَختَلُّ بِدُونِهِ.

الشرح:

(فَإِنْ قَالَتْ لهُ خَالعْنِي عَلى مَا فِي يَدَيَّ فَخَالعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدهَا شَيْءٌ فَلا شَيْءَ لهُ عَلَيْهَا لأَنَّهَا لَمْ تَغُرَّهُ بِتَسْمِيَة المَال لأَنَّ كَلمَةَ " مَا ") عَامَّةٌ تَتَنَاوَلُ المَال وَغَيْرَهُ (وَإِنْ قَالتْ خَالعْنِي عَلى مَا فِي يَدَيَّ منْ مَالٍ فَلمْ يَكُنْ فِي يَدهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْه مَهْرَهَا لأَنَّهَا لَمَّا سَمَّتْ مَالا لَمْ يَكُنْ الزَّوْجُ رَاضِيًا بِالزَّوَال مَجَّانًا، وَلا وَجْهَ إلى إيجَاب المُسَمَّى وَقيمَته للجَهَالة) أَيْ جَهَالة كُل وَاحد منْهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ لجَهَالة المُسَمَّى، وَإِنْ كَانَ المُسَمَّى مَجْهُولا كَانَتْ القِيمَةُ أَكْثَرَ جَهَالةً (وَلا إلى قِيمَة البُضْعِ: أَعْنِي مَهْرَ المِثْل لأَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ حَالةَ الخُرُوجِ) كَمَا تَقَدَّمَ (فَتَعَيَّنَ إيجَابُ مَا قَامَ البُضْعُ بِه عَلى الزَّوْجِ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْهُ) وَقَوْلُهُ (وَلوْ قَالتْ خَالعْنِي عَلى مَا فِي يَدَيَّ مِنْ دَرَاهِمَ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ وَكَلمَةُ " مِنْ " هَهُنَا للصِّلة) إشَارَةٌ إلى مَا يُقَالُ إذَا كَانَ فِي هَذِه الصُّورَة

دِرْهَمَانِ أَوْ دِرْهَمٌ يَجِبُ أَنْ لا يَجِبَ عَلَيْهَا شَيْءٌ غَيْرُ ذَلِكَ لأَنَّ كَلِمَةَ " مِنْ " لِلتَّبْعِيضِ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ بِكَوْنِهِ صِلَةً أَنْ يَكُونَ لِلبَيَانِ عَلَى اصْطِلاحِ النَّحْوِيِّينَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ﴾ [الحج: ٣٠] وَمِنْهُمْ مَنْ ضَبَطَ فَقَالَ: كُلُّ مَوْضِعٍ يَصِحُّ الكَلامُ فِيهِ بِدُونِهِ فَهُوَ لِلتَّبْعِيضِ كَمَا فِي قَوْلِهِ أَخَذْت مِنْ الدَّرَاهِمِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لا يَصِحُّ فِيهِ بِدُونِهِ فَهُوَ صِلَةٌ زِيدَتْ لِتَصْحِيحِ الكَلامِ، فَإِنَّهَا لَوْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدَيَّ دَرَاهِمَ اخْتَلَّ الكَلامُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلتَّبْعِيضِ كَانَ الجَمْعُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بَاقِيًا عَلَى حَالِهِ فَيَلزَمُهَا ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْت مِنْ الاخْتِلالِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّ قَوْلَهَا دَرَاهِمَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَدَلا مِنْ قَوْلِهَا مَا فِي يَدَيَّ وَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ خَالِعْنِي عَلَى دَرَاهِمَ وَقَوْلُهَا الدَّرَاهِمُ يَكُونُ بَدَلا أَيْضًا وَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ خَالِعْنِي عَلَى الدَّرَاهِمِ وَاللامُ إِذَا دَخَلَ الجَمْعُ وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّ مَعْهُودٌ يُرَادُ بِهِ الوَاحِدُ، فَلَوْ كَانَ فِي يَدِهَا وَاحِدٌ وَجَبَ أَنْ يُكْتَفَى بِهِ وَلا يَلزَمُهَا الزِّيَادَةُ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ هَذَا المَنْعَ لا يَضُرُّنَا لأَنَّهُ إِذَا كَانَ تَقْدِيرُ كَلامِهَا خَالِعْنِي عَلَى دَرَاهِمَ يَلزَمُهَا ثَلاثَةٌ وَهُوَ المَطْلُوبُ. وَعَنْ الثَّانِي لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لا مَعْهُودَ ثَمَّ بَل مَا فِي يَدِهَا مَعْهُودٌ بِالإِشَارَةِ إِلَيْهَا.

(فَإِن اختَلعَت عَلَى عَبدٍ لهَا آبِقٍ عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِن ضَمَانِهِ لم تَبرأ وَعَليهَا تَسليمُ عَينِهِ إن قَدرَت وَتَسليمُ قِيمَتِهِ إن عَجزَت) لأَنَّهُ عَقدُ المُعَاوَضَةِ فَيَقتَضِي سَلامَةَ العِوَضِ، وَاشتِرَاطُ البَرَاءَةِ عَنهُ شَرطٌ فَاسِدٌ فَيَبطُلُ إلا أَنَّ الخُلعَ لا يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَعَلَى هذَا النِّكَاحِ.

الشرح:

(**فَإِنْ اخْتَلعَتْ عَلَى عَبْدٍ لَهَا آبِقٍ عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ**) يَعْنِي أَنْ لا تُطَالَبَ بِتَحْصِيلِهِ وَتَسْلِيمِهِ، بَل إِنْ حَصَلَ تُسَلِّمُهُ إِلَيْهِ وَإِلا فَلا شَيْءَ عَلَيْهَا (**وَلَمْ تَبْرَأْ وَعَلَيْهَا تَسْلِيمُ عَيْنِهِ إِنْ قَدَرَتْ وَتَسْلِيمُ قِيمَتِهِ إِنْ عَجَزَتْ**) لأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَقْتَضِي سَلامَةَ العِوَضِ فَيَكُونُ اشْتِرَاطُ البَرَاءَةِ شَرْطًا فَاسِدًا لأَنَّهُ لا تَقْتَضِيهِ العُقْدَةُ فَيَبْطُلُ دُونَ الخُلعِ لأَنَّهُ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ الخُلعَ لا يَبْطُلُ بِهَا لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ تَفْسُدَ التَّسْمِيَةُ لاشْتِرَاطِ عَدَمِ وُجُوبِ تَسْلِيمِ المُسَمَّى، وَإِذَا فَسَدَتْ رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا بِمَا سَاقَ

إِلَيْهَا مِنْ الْمَهْرِ كَمَا إِذَا اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى دَابَّة. أُجِيبَ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا كَانَ صَحِيحًا كَانَ مَا يُنَاقِضُهُ مِنْ الشَّرْطِ سَاقِطًا، وَالسَّاقِطُ لا يُؤَثِّرُ فِي فَسَادِ شَيْءٍ، وَإِنَّمَا فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ فِيمَا إِذَا اخْتَلَعَتْ عَلَى دَابَّةٍ لِلجَهَالَةِ الْمُسْتَقْبَحَةِ لِكَوْنِهَا تَنْتَظِمُ أَنْوَاعًا مُخْتَلِفَةً مِنْ الْحَيَوَانِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْخُلْعُ كَمَا يُوجِبُ تَسَلُّمَ الْمُسَمَّى يُوجِبُ تَسْلِيمَهُ بِوَصْفِ كَوْنِهِ سَلِيمًا وَاشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ عَنْ وَصْفِ السَّلامَةِ صَحِيحٌ فَلْيَصِحَّ اشْتِرَاطُهَا عَنْ تَسْلِيمِ الْمُسَمَّى أَيْضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ التَّسْلِيمِ فَوْقَ اسْتِحْقَاقِ السَّلِيمِ، فَإِنَّ بَيْعَ مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ لا يَجُوزُ، وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عَنْ الْعُيُوبِ صَحِيحٌ فَلا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ الأَدْنَى جَوَازُ الأَعْلَى، وَلأَنَّ الرَّغْبَةَ فِي تَمَلُّكِ الشَّيْءِ لِلانْتِفَاعِ بِهِ وَذَلِكَ بِالتَّسْلِيمِ وَبِاشْتِرَاطِ الْبَرَاءَةِ عَنْهُ يَفُوتُ الْمَقْصُودُ، وَلا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُ الْبَرَاءَةِ عَنْ الْعُيُوبِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا النِّكَاحُ) يَعْنِي إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى عَبْدٍ آبِقٍ عَلَى أَنَّهُ بَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهِ لَمْ يَبْرَأْ وَعَلَيْهِ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ إلخ

(وَإِذَا قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلْفِ) لأَنَّهَا لَمَّا طَلَبَتْ الثَّلاثَ بِأَلْفٍ فَقَدْ طَلَبَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَهَذَا لأَنَّ حَرْفَ الْبَاءِ يَصْحَبُ الإِعْوَاضَ وَالْعِوَضُ يَنْقَسِمُ عَلَى الْمُعَوَّضِ وَالطَّلاقُ بَائِنٌ لِوُجُوبِ الْمَالِ (وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلاثًا عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ. وَقَالا هِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِثُلُثِ الأَلْفِ) لأَنَّ كَلِمَةَ عَلَى بِمَنْزِلَةِ الْبَاءِ فِي الْمُعَاوَضَاتِ، حَتَّى إِنَّ قَوْلَهُمْ احْمِلْ هَذَا الطَّعَامَ بِدِرْهَمٍ أَوْ عَلَى دِرْهَمٍ سَوَاءٌ.

وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَى لِلشَّرْطِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة: ١٢] وَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرْطًا، وَهَذَا لأَنَّهُ لِلُّزُومِ حَقِيقَةً، وَاسْتُعِيرَ لِلشَّرْطِ لأَنَّهُ يُلازِمُ الْجَزَاءَ، وَإِذْ كَانَ لِلشَّرْطِ فَالْمَشْرُوطُ لا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ، بِخِلافِ الْبَاءِ لأَنَّهُ لِلْعِوَضِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا لَمْ يَجِبْ الْمَالُ كَانَ مُبْتَدَأً فَوَقَعَ الطَّلاقُ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ (وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لأَنَّ الزَّوْجَ مَا رَضِيَ بِالْبَيْنُونَةِ إِلا لِتُسَلَّمَ لَهُ الأَلْفُ كُلُّهَا، بِخِلافِ قَوْلِهَا طَلِّقْنِي ثَلاثًا بِأَلْفٍ لأَنَّهَا لَمَّا رَضِيَتْ بِالْبَيْنُونَةِ بِأَلْفٍ كَانَتْ بِبَعْضِهَا أَرْضَى (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ وَعَلَيْهَا الأَلْفُ وَهُوَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ) وَلا بُدَّ مِنْ الْقَبُولِ فِي الْوَجْهَيْنِ لأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بِأَلْفٍ بِعِوَضٍ

أَلفٍ يَجِبُ لي عَليك، ومَعنَى قَولهِ عَلى أَلفٍ عَلى شَرطِ أَلفٍ يكُونُ لي عَليك، والعِوَضُ لا يَجِبُ بِدُونِ قَبُولهِ، والمُعلقُ بِالشَّرطِ لا يَنزلُ قَبل وُجُودِهِ. والطَّلاقُ بَائِنٌ لمَا قُلنَا.

الشرح:

(وَإِذَا قَالَتْ **طَلقْنِي ثَلاثًا بِأَلف فَطَلقَهَا وَاحِدَةً** فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلفِ) وَكَلامُهُ وَاضِحٌ (وَإِنْ قَالَتْ طَلقْنِي ثَلاثًا عَلَى أَلفِ دِرْهَمٍ فَطَلقَهَا وَاحِدَةً وَقَعَ طَلاقٌ رَجْعِيٌّ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: وَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ بِثُلُثِ الأَلفِ) لأَنَّ الطَّلاقَ عَلَى مَالٍ مِنْ جَانِبِ المَرْأَةِ مُعَاوَضَةٌ (وَكَلِمَةُ عَلَى بِمَنْزِلَةِ البَاءِ فِي المُعَاوَضَاتِ، حَتَّى إِنَّ قَوْلَهُمْ احْمِلْ هَذَا الطَّعَامَ بِدِرْهَمٍ وَعَلَى دِرْهَمٍ سَوَاءٌ) وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً انْقَسَمَ أَجْزَاءُ العِوَضِ عَلَى أَجْزَاءِ المُعَوَّضِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَى لِلشَّرْطِ) أَيْ تُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ مَجَازًا (قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾) أَيْ بِشَرْطِ عَدَمِ الإِشْرَاكِ بِاللهِ (وَمَنْ **قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ** كَانَ شَرْطًا) وَيُجَوِّزُ المَجَازَ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ أَنَّهُ أُسْتُعِيرَ لِلشَّرْطِ لأَنَّهُ يُلازِمُ الجَزَاءَ فَكَانَتْ المُنَاسَبَةُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ اللُّزُومُ (وَإِذَا كَانَ لِلشَّرْطِ فَالمَشْرُوطُ لا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ).

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: **أَحَدُهُمَا:** أَنَّ جَعْلَهُ بِمَعْنَى الشَّرْطِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ لأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى تَمْلِيكِ المَالِ وَذَلِكَ لا يَقْبَلُ التَّعْلِيقَ. **وَالثَّانِي:** أَنَّ مَا ذَهَبْتُمْ إِلَيْهِ مَجَازٌ وَمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجَازٌ آخَرُ، وَلَيْسَ أَحَدُ المَجَازَيْنِ بِأَوْلَى مِنْ الآخَرِ، فَإِنَّ اللُّزُومَ كَمَا هُوَ مَوْجُودٌ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ فَكَذَلِكَ بَيْنَ العِوَضِ وَالمُعَوَّضِ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ المَالَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ تَابِعٌ لِلطَّلاقِ فَجَازَ أَنْ يَقْبَلَهُ تَبَعًا لِمَتْبُوعِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ مُسْتَقِلًّا، وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ اللُّزُومَ بَيْنَ العِوَضَيْنِ بِالتَّضَايُفِ وَبَيْنَ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ بِالذَّاتِ وَكَانَ جَعْلُهُ لِلشَّرْطِ مَجَازًا أَقْرَبَ إِلَى حَقِيقَتِهِ، وَالمَجَازُ الأَقْرَبُ إِلَى الحَقِيقَةِ أَوْلَى عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ (قَوْلُهُ عَلَى مَا مَرَّ) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ لأَنَّ حَرْفَ البَاءِ يَصْحَبُ الأَعْوَاضَ (وَإِذَا لَمْ يَجِبْ المَالُ كَانَ طَلاقًا مُبْتَدَأً) غَيْرَ مَبْنِيٍّ عَلَى سُؤَالِهَا (فَوَقَعَ وَلَهُ الرَّجْعَةُ) وَقَوْلُهُ (وَلَوْ **قَالَ الزَّوْجُ طَلقِي نَفْسَك ثَلاثًا**) ظَاهِرٌ (وَلَوْ **قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلفٍ**) أَوْ **بِأَلفٍ** يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا فِي المَجْلِسِ، وَهَذَا يَمِينٌ مِنْ جِهَتِهِ فَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ وَإِضَافَتُهُ وَلا يَصِحُّ رُجُوعُهُ وَلا يَبْطُلُ بِقِيَامِهِ عَنْ المَجْلِسِ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى البُلُوغِ إِنْ

كَانَتْ غَائِبَةً لأَنَّهُ تَعْلِيقُ الطَّلاقِ بِقَبُولِهَا المَال وَهُوَ مِنْ جِهَتِهَا مُبَادَلَةٌ فَلا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا وَإِضَافَتُهَا، وَيَصِحُّ رُجُوعُهَا قَبْلَ قَبُولِ الزَّوْجِ وَيَبْطُلُ بِقِيَامِهَا عَنْ المَجْلِسِ. وَقَوْلُهُ لأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بِأَلْفٍ بِعِوَضٍ يَجِبُ لِي عَلَيْك نَظَرًا إلى البَاءِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى أَلْفٍ عَلَى شَرْطِ أَلْفٍ يَكُونُ لِي عَلَيْك إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلا فَرْقَ بَيْنَ العِبَارَتَيْنِ (وَالعِوَضُ لا يَجِبُ بِدُونِ قَبُولِهِ) ظَاهِرٌ (وَقَوْلُهُ وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ لا يَنْزِلُ قَبْلَ وُجُودِهِ) يَحْتَاجُ إِلى أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ وَبِوُجُودِهِ يَكُونُ الأَلْفُ عَلَيْهَا وَكَوْنُهَا عَلَيْهَا إِنَّمَا يَكُونُ بِالقَبُولِ، فَإِذَا قَبِلَتْ فِي المَجْلِسِ وَقَعَ الطَّلاقُ وَوَجَبَ عَلَيْهَا الأَلْفُ وَيَكُونُ الطَّلاقُ بَائِنًا لِمَا قُلْنَا: يَعْنِي فِي أَوَّلِ هَذَا البَابِ مِنْ الحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**الخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ**» وَمِنْ المَعْقُولِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلأَنَّهَا لا تُسَلِّمُ المَال إلا لِتَسْلَمَ لَهَا نَفْسُهَا.

(وَلو قَالَ لامرَأَتِهِ أَنتِ طَالِقٌ وَعَلَيك أَلفٌ فَقبِلت، وَقَالَ لعَبدِهِ أَنتَ حُرٌّ وَعَلَيك أَلفٌ فَقبِل عَتَقَ العَبدُ وَطَلُقَت المَرأَةُ، وَلا شَيءَ عَلَيهِمَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إذَا لم يَقبَلا (وَقَالا عَلى كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا الأَلفُ إذَا قبِل) وَإِذَا لم يَقبَل لا يَقَعُ الطَّلاقُ وَالعَتَاقُ. لهُمَا أَنَّ هَذَا الكَلامَ يُستَعمَلُ للمُعَاوَضَةِ، فَإِنَّ قَولهُم احمِل هَذَا المَتَاعَ وَلك دِرهَمٌ بِمَنزِلةِ قَولِهِم بِدِرهَمٍ. وَلهُ أَنَّهُ جُملةٌ تَامَّةٌ فَلا تَرتَبِطُ بِمَا قَبلهُ إلا بِدَلالةٍ، إذ الأَصلُ فِيهَا الاستِقلالُ وَلا دَلالةَ، لأَنَّ الطَّلاقَ وَالعَتَاقَ يَنفكَّانِ عَن المَال، بِخِلافِ البَيعِ وَالإِجَارَةِ لأَنَّهُمَا لا يُوجَدَانِ دُونَهُ.

الشرح:

(وَلَوْ **قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْك أَلْفٌ فَقَبِلَتْ** وَقَعَ الطَّلاقُ وَلا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا لَوْ **قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْك أَلْفٌ فَقَبِل**، وَكَذَلِكَ الحُكْمُ إِنْ لَمْ يَقْبَلا. وَقَالا: عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الأَلْفُ إِذَا قَبِلا، وَإِذَا لَمْ يَقْبَلا لا يَقَعُ الطَّلاقُ وَالعَتَاقُ) وَيُعْلَمُ مِنْ هَذَا أَنَّ الخِلافَ فِي مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ المَرْأَةَ أَوْ العَبْدَ إِذَا قَبِلَ المَال وَقَعَ الطَّلاقُ وَالعَتَاقُ مَجَّانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلا مُعْتَبَرَ بِقَبُولِهِمَا، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَى المَرْأَةِ وَالعَبْدِ المَالُ. وَالثَّانِي أَنَّهُمَا إِذَا لَمْ يَقْبَلا المَال يَقَعُ الطَّلاقُ وَالعَتَاقُ عِنْدَهُ كَمَا إِذَا قَبِلا، وَعِنْدَهُمَا إِذَا لَمْ يَقْبَلا لَمْ يَقَعَا (لَهُمَا أَنَّ هَذَا الكَلامَ يُسْتَعْمَلُ لِلمُعَاوَضَةِ، فَإِنَّ قَوْلَهُمْ احْمِلْ هَذَا المَتَاعَ وَلَك عَلَيَّ دِرْهَمٌ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِمْ بِدِرْهَمٍ) وَالخُلْعُ مُعَاوَضَةٌ فَيُحْمَلُ الوَاوُ

عَلى مَعْنَى البَاءِ بِدَلالة حَال المُعَاوَضَة كَأَنَّهُ قَال أَنْت طَالقٌ بِأَلف دِرْهَم فَقَبلتْ. وَلَهُمَا هَهُنَا طَرِيقٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يُجْعَل الوَاوُ للحَال كَأَنَّهُ **قَال أَنْت طَالقٌ فِي حَال مَا يَجبُ لِي عَلَيْك أَلفٌ وَلا يَكُونُ ذَلكَ إلا بَعْدَ قَبُولها**، فَإذَا قَبلتْ وَجَبَ الأَلفُ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ قَوْلَهُ وَعَلَيْك أَلفٌ جُمْلَةٌ تَامَّةٌ مِنْ مُبْتَدَأ وَخَبَر وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ لا يَرْتَبطُ بِمَا قَبْلَهُ إلا بِدَليلٍ، إذْ الأَصْلُ فِي الجُمْلَة التَّامَّة الاسْتقْلالُ وَلا دَليل هَهُنَا (لأَنَّ الطَّلاقَ وَالعَتَاقَ يَنْفكَّان عَنْ المَال) بَل عَادَةُ الكِرَام فِيهِمَا الامْتنَاعُ عَنْ قَبُول عِوَضٍ (بِخِلاف البَيْعِ وَالإِجَارَة لأَنَّهُمَا لا يُوجَدَان دُونَهُ) أَيْ دُونَ المَال لكَوْنهِمَا مُعَاوَضَةً مَحْضَةً فَيَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ حَالُ المُعَاوَضَة دَليلا.

(وَلو قَال أَنتِ طَالقٌ عَلى أَلفٍ عَلى أَنِّي بِالخِيَارِ أَو عَلى أَنَّك بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلت فَالخِيَارُ بَاطِلٌ إذَا كَانَ للزَّوجِ، وَهُوَ جَائِزٌ إذَا كَانَ للمَرأَةِ، فَإن رَدَّت الخِيَارَ فِي الثَّلاثِ بَطَل، وَإن لم تَرُدَّ طَلُقَت وَلزِمَهَا الألفُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالا: الخِيَارُ بَاطِلٌ فِي الوَجهَين، وَالطَّلاقُ وَاقِعٌ وَعَليهَا أَلفُ دِرهَمٍ) لأَنَّ الخِيَارَ للفَسخِ بَعدَ الانعِقَادِ لا للمَنعِ مِن الانعِقَادِ، وَالتَّصَرُّفَانِ لا يَحتَمِلانِ الفَسخَ مِن الجَانِبَينِ لأَنَّهُ فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ وَمِن جَانِبِهَا شَرطُهَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنزِلَةِ البَيعِ حَتَّى يَصِحَّ رُجُوعُهَا، وَلا يَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءِ المَجلسِ فَيَصِحُّ اشتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ، أَمَّا فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ حَتَّى لا يَصِحُّ رُجُوعُهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءِ المَجلسِ، وَلا خِيَارَ فِي الأَيمَانِ، وَجَانِبُ العَبدِ فِي العَتَاقِ مِثلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلاقِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَال أَنْت طَالقٌ عَلى أَلف عَلى أَنِّي بِالخِيَار أَوْ عَلى أَنَّك بِالخِيَار ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبلتْ) طَلُقَتْ فَالخِيَارُ بَاطلٌ (إذَا كَانَ للزَّوْجِ، وَجَائزٌ إذَا كَانَ للمَرْأَة، فَإنْ رَدَّتْ الخِيَارَ فِي الثَّلاث بَطَل الطَّلاقُ، وَإنْ أَجَازَتْ) الطَّلاقَ أَوْ لَمْ تَرُدَّ الخِيَارَ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُهُ وَقَعَ الطَّلاقُ (وَلزِمَهَا الأَلفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: الخِيَارُ بَاطلٌ فِي الوَجْهَيْنِ وَالطَّلاقُ وَاقعٌ وَعَلَيْهَا الأَلفُ لأَنَّ الخِيَارَ للفَسْخِ بَعْدَ الانْعقَاد لا للمَنْع منْ الانْعقَاد، وَلا فَسْخَ بَعْدَ الانْعقَاد هَهُنَا لأَنَّ التَّصَرُّفَيْنِ) يَعْنِي إيجَابَ الزَّوْجِ وَقَبُول المَرْأَة لا يَحْتَملان الفَسْخَ منْ الجَانبَيْنِ، أَمَّا منْ جَانبِه فَلأَنَّهُ يَمينٌ لأَنَّهُ ذِكْرُ شَرْطٍ وَجَزَاءٍ مَعْنًى وَاليَمِينُ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ.

وَأَمَّا مِنْ جَانِبِهَا فَلأَنَّ قَبُول المَرْأَة شَرْطُ تَمَام اليَمِينِ فَإِنَّ يَمِينَ الزَّوْجِ تَتِمُّ بِقَبُول المَرْأَة فَأَخَذَ قَبُولُهَا حُكْمَ اليَمِينِ فِي عَدَمِ احْتِمَال الفَسْخِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَة البَيْعِ) أَلا تَرَى أَنَّهَا لوْ رَجَعَتْ صَحَّ، وَلوْ قَامَتْ مِنْ المَجْلسِ بَطَل كَمَا فِي البَيْعِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ صَحَّ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي جَانِبِه فَيَمِينٌ لأَنَّهُ لا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلى مَا وَرَاءِ المَجْلسِ، وَلا خِيَارَ فِي الأَيْمَانِ.

فَإِنْ قِيل: قَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ مِنْ جَانِبِهَا شَرْطُ اليَمِينِ وَشَرْطُ اليَمِينِ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ. أُجِيبَ بِأَنَّ كَوْنَهُ شَرْطَ يَمِينٍ لا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ تَمْلِيكًا فِي نَفْسِه كَمَنْ قَال لآخَرَ إِنْ بِعْتُك هَذَا العَبْدَ بِكَذَا فَعَبْدِي هَذَا الآخَرُ حُرٌّ أَنَّهُ مُعَلقٌ بِالمُعَاوَضَة وَلَمْ يَمْنَعْ كَوْنَهُ مُعَاوَضَةً أَنْ يَكُونَ شَرْطًا لليَمِينِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ ثَبَتَ فِيه الخِيَارُ، ثُمَّ لمَّا بَطَل القَبُولُ بِالرَّدِّ بِحُكْمِ الخِيَارِ بَطَل كَوْنُهُ شَرْطًا لأَنَّ كَوْنَهُ شَرْطًا قَائِمٌ بِهَذَا الوَصْفِ وَهُوَ أَنَّهُ تَمْليكُ مَالٍ (وَجَانِبُ العَبْدِ فِي العَتَاق مِثْلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلاقِ) يَعْنِي يَصِحُّ الخِيَارُ مِنْ العَبْدِ إِذَا خَيَّرَهُ المَوْلى فِي الإِعْتَاقِ عَلى مَالٍ كَمَا يَصِحُّ الخِيَارُ فِي الخُلعِ مِنْ جَانِبِ المَرْأَة.

(وَمن قَال لامرأَتِه طَلقتُك أَمسِ عَلى أَلفِ دِرهَمٍ فَلم تَقبَلي فقَالت قبِلت فَالقَولُ قَولُ الزَّوجِ، وَمَن قَال لغَيرِه بِعت مِنك هَذَا العَبدَ بِأَلفِ دِرهَمٍ أَمسِ فَلم تَقبَل فقَال: قبِلت فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي) وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ الطَّلاقَ بِالمَال يَمِينٌ مِن جَانِبِهِ فَالإِقرَارُ بِهِ يَكُونُ إِقرَارًا بِالشَّرطِ لصِحَّتِهِ بِدُونِهِ، أَمَّا البَيعُ فَلا يَتِمُّ إِلا بِالقَبُول وَالإِقرَارُ بِهِ إِقرَارٌ بِمَا لا يَتِمُّ إِلا بِهِ فَإِنكَارُهُ القَبُول رُجُوعٌ مِنهُ.

الشرح:

(وَمَنْ قَال **لامْرَأَته طَلقْتُك أَمْسِ عَلى أَلف دِرْهَم فَلمْ تَقْبَلي فَقَالتْ قَبلت** فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَمَنْ قَال **لغَيْره بعْت منْك هَذَا العَبْدَ بِأَلف دِرْهَمٍ أَمْسِ فَلمْ تَقْبَل فَقَال قَبلت** فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي. وَوَجْهُ الفَرْق أَنَّ الطَّلاقَ بِالمَال يَمِينٌ مِنْ جَانِبِه) فَإِنَّهُ تَعْليقُ الطَّلاق بِقَبُولهَا المَال وَلهَذَا لمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ عَنْهُ (وَالإِقْرَارُ بِه) أَيْ بِاليَمِينِ عَلى تَأْوِيل الحَلف أَوْ المَذْكُورِ (لا يَكُونُ إِقْرَارًا بِوُجُود الشَّرْط لصِحَّته) أَيْ لصِحَّة اليَمِينِ (بِدُونِه) أَيْ بِدُون الشَّرْط (أَمَّا البَيْعُ فَلا يَتِمُّ إِلا بِالقَبُول) وَلهَذَا يَمْلكُ الرُّجُوعَ قَبْل القَبُول (فَالإِقْرَارُ بِه) أَيْ بِالبَيْعِ (إِقْرَارٌ بِمَا لا يَتِمُّ إِلا بِه، فَإِنْكَارُهُ القَبُول رُجُوعٌ مِنْهُ) عَنْ

الإِقْرَارِ وَهُوَ غَيْرُ مَسْمُوعٍ.

قَالَ (وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلعِ كِلاهُمَا يُسْقِطَانِ كُلَ حَقٍّ لِكُلِ وَاحِدٍ مِنْ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَسْقُطُ فِيهِمَا إلا مَا سَمَّيَاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الْخُلعِ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُبَارَأَةِ. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ وَفِي الْمُعَاوَضَاتِ يُعْتَبَرُ الْمَشْرُوطُ لا غَيْرُهُ.

وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُبَارَأَةَ مُفَاعَلَةٌ مِن البَرَاءَةِ فَتَقْتَضِيهَا مِن الجَانِبَيْنِ وَأَنَّهُ مُطلقٌ قَيَّدْنَاهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ لِدَلالَةِ الغَرَضِ أَمَّا الخُلعُ فَمُقْتَضَاهُ الانخِلاعُ وَقَد حَصَل فِي نَقضِ النِّكَاحِ وَلا ضَرُورَةَ إلى انقِطَاعِ الأحكَامِ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلعَ يُنَبِّئُ عَن الفَصل وَمِنهُ خَلعَ النَّعل وَخَلعَ العَمَل وَهُوَ مُطلقٌ كَالْمُبَارَأَةِ فَيُعمَلُ بِإِطلاقِهِمَا فِي النِّكَاحِ وَأَحكَامِهِ وَحُقُوقِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلعِ) الْمُبَارَأَةُ بِفَتْحِ الهَمْزَةِ مُفَاعَلَةٌ مِنْ بَارَأَ شَرِيكَهُ: إِذَا أَبْرَأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَتَرْكُ الهَمْزَةِ خَطَأٌ، وَكَذَا فِي الْمُغْرِبِ. وَالأَصْلُ فِي هَذَا الفَصْلِ أَنَّ الْمُبَارَأَةَ وَالْخُلعَ (**كِلاهُمَا يُسْقِطُ كُلَ حَقٍّ لِكُلِ وَاحِدٍ مِنْ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَقُ بِالنِّكَاحِ**) كَالْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ دُونَ الْمُسْتَقْبَلَةِ لأَنَّ لِلْمُخْتَلِعَةِ وَالْمُبَارِئَةِ النَّفَقَةَ وَالسُّكْنَى مَا دَامَتْ فِي العِدَّةِ بِهِ صَرَّحَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي الكَافِي وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ لا يَسْقُطُ فِيهِمَا إلا مَا سَمَّيَاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الْخُلعِ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُبَارَأَةِ) فَلَوْ كَانَ **مَهْرُهَا أَلْفًا فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ مِنْ مَهْرِهَا** فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَرْجِعَ عَلَى الزَّوْجِ بِشَيْءٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي قَوْلِهِمَا تَرْجِعُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعمِائَةٍ وَلَوْ كَانَتْ قَبَضَتْ الأَلْفَ ثُمَّ اخْتَلَعَتْ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ غَيْرُ الْمِائَةِ فِي قَوْلِهِ وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا إلى تَمَامِ النِّصْفِ، وَإِذَا **خَالَعَهَا عَلَى مَالٍ مُسَمًّى مَعْلُومٍ مَعْرُوفٍ سِوَى الصَّدَاقِ**، فَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَدْخُولا بِهَا وَالْمَهْرُ مَقْبُوضٌ فَإِنَّهَا تُسَلِمُ إِلَى الزَّوْجِ وَلا يَتْبَعُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ بَعْدَ الطَّلاقِ بِشَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ غَيْرَ مَقْبُوضٍ فَالْمَرْأَةُ تُسَلِمُ إِلَى الزَّوْجِ بَدَلَ الْخُلعِ وَلا تَرْجِعُ عَلَى الزَّوْجِ بِشَيْءٍ مِنْ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا وَالْمَهْرُ مَقْبُوضٌ فَإِنَّ الزَّوْجَ يَأْخُذُ مِنْهَا بَدَلَ الْخُلْعِ وَلا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الْمَهْرِ بِسَبَبِ الطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا يَأْخُذُ الزَّوْجُ مِنْهَا بَدَلَ الْخُلْعِ وَهِيَ لا تَرْجِعُ عَلَى زَوْجِهَا بِنِصْفِ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا.

وَأَمَّا إِذَا **بَارَأَهَا بِمَالٍ مَعْلُومٍ سِوَى الْمَهْرِ** فَالْجَوَابُ فِيهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ كَالْجَوَابِ فِي الْخُلْعِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الْخُلْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لِمُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ) أَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَأَةِ مُعَاوَضَةٌ وَفِي الْمُعَاوَضَاتِ يُعْتَبَرُ الْمَشْرُوطُ لا غَيْرُ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا دَيْنٌ وَاجِبٌ بِسَبَبٍ آخَرَ أَوْ عَيْنٌ فِي يَدِهِ لا يَسْقُطُ بِهِمَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَنَفَقَةُ عِدَّتِهَا لا تَسْقُطُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُبَارَأَةَ مُفَاعَلَةٌ مِنْ الْبَرَاءَةِ) وَالْمُفَاعَلَةُ تَقْتَضِي الْفِعْلَ مِنْ الْجَانِبَيْنِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي بَرَاءَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ الآخَرِ (وَأَنَّهُ) أَيْ لَفْظُ الْبَرَاءَةِ عَلَى مَا قِيلَ أَوْ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ (مُطْلَقٌ)، وَقَيَّدْنَاهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ لِدَلالَةِ الْغَرَضِ وَهُوَ وُقُوعُ الْبَرَاءَةِ عَمَّا وَقَعَتْ الْبَرَاءَةُ لأَجْلِهِ وَهُوَ النُّشُوزُ الْحَاصِلُ بِسَبَبِ وَصْلَةِ النِّكَاحِ، وَانْقِطَاعُ الْمُنَازَعَةِ إِنَّمَا يَكُونُ بِإِسْقَاطِ مَا وَجَبَ بِاعْتِبَارِ تِلْكَ الْوَصْلَةِ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ.

وَقِيلَ الْغَرَضُ هُوَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ النَّاشِئَةِ بِالنِّكَاحِ فَتَتَقَيَّدُ الْبَرَاءَةُ بِالْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ بِالنِّكَاحِ، أَمَّا الْخُلْعُ فَمُقْتَضَاهُ الانْخِلاعُ وَقَدْ حَصَلَ فِي نَفْسِ النِّكَاحِ فَلا ضَرُورَةَ إِلَى انْقِطَاعِ الأَحْكَامِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْخُلْعَ يُنْبِئُ عَنْ الْفَصْلِ، وَمِنْهُ خَلْعُ النَّعْلِ وَخَلْعُ الْعَمَلِ) وَهُوَ انْفِصَالُ الْعَامِلِ عَنْهُ، وَالْفَصْلُ لا يَكُونُ إِلا عَنْ وَصْلٍ وَلا وَصْلَ إِلا بِالنِّكَاحِ وَحُقُوقُهُ لازِمَةٌ لَهُ وَقَدْ صَدَرَ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ بِالنِّكَاحِ (كَالْمُبَارَأَةِ فَيُعْمَلُ بِالإِطْلاقِ كَمَا فِي الْمُبَارَأَةِ فِي النِّكَاحِ وَأَحْكَامِهِ وَحُقُوقِهِ) قَوْلا بِكَمَالِ الْفَصْلِ، وَنَفَقَةُ الْعِدَّةِ لَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً عِنْدَ الْخُلْعِ فَتَسْقُطُ بِهِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَهُ شَيْئًا فَشَيْئًا.

قَالَ (وَمَنْ **خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَالِهَا** لَمْ يَجُزْ عَلَيْهَا) لأَنَّهُ لا نَظَرَ لَهَا فِيهِ إِذَا الْبُضْعُ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَالْبَدَلُ مُتَقَوِّمٌ بِخِلافِ النِّكَاحِ لأَنَّ الْبُضْعَ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ الدُّخُولِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ خَلْعُ الْمَرِيضَةِ مِنْ الثُّلُثِ وَنِكَاحُ الْمَرِيضِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ لا يَسْقُطُ الْمَهْرُ وَلا يَسْتَحِقُّ مَالَهَا، ثُمَّ يَقَعُ الطَّلاقُ فِي رِوَايَةٍ وَفِي

رِوَايَةٍ لا يَقَعُ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لأَنَّهُ تَعْلِيقٌ بِشَرْطِ قَبُولِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ (وَإِنْ **خَالَعَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ** فَالخُلْعُ وَاقِعٌ وَالأَلفُ عَلَى الأَبِ) لأَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الخُلعِ عَلَى الأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلى الأَبِ أَوْلى.

وَلا يَسْقُطُ مَهْرُهَا لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُل تَحْتَ وِلايَةِ الأَبِ (وَإِنْ شَرَطَ الأَلفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، فَإِنْ قَبِلتْ وَقَعَ الطَّلاقُ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ (وَلا يَجِبُ المَالُ) لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الغَرَامَةِ فَإِنْ قَبِلهُ الأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ رِوَايَتَان (وَكَذَا إِنْ **خَالَعَهَا عَلَى مَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنْ الأَبُ المَهْرَ** تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا، فَإِنْ قَبِلتْ طَلُقَتْ وَلا يَسْقُطُ المَهْرُ) وَإِنْ قَبِل الأَبُ عَنْهَا فَعَلى الرِّوَايَتَيْنِ (وَإِنْ ضَمِنَ الأَبُ المَهْرَ وَهُوَ أَلفُ دِرْهَمٍ طَلُقَتْ) لِوُجُودِ قَبُولِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ وَيَلزَمُهُ خَمْسُمِائَةٍ اسْتِحْسَانًا.

وَفِي القِيَاسِ يَلزَمُهُ الأَلفُ، وَأَصلُهُ فِي الكَبِيرَةِ إِذَا اختَلَعَت قَبلَ الدُّخُولِ عَلَى أَلفٍ وَمَهرُهَا أَلفٌ فَفِي القِيَاسِ عَلَيهَا خَمسُمِائَةٍ زَائِدَةٌ، وَفِي الاستِحسَانِ لا شَيءَ عَلَيهَا لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ عَادَةً حَاصِلُ مَا يَلزَمُ لهَا.

الشرح:

(وَمَنْ **خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَالِهَا** لَمْ يَجُزْ عَلَيْهَا) لأَنَّ وِلايَةَ الأَبِ نَظَرِيَّةٌ وَلا نَظَرَ لهَا فِيهِ: أَيْ فِي هَذَا الخُلعِ (لأَنَّ البُضْعَ فِي حَالةِ الخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ خُلعُ المَرِيضَةِ مِنْ الثُّلُثِ) وَالبَدَلُ مُتَقَوِّمٌ وَمُقَابَلةُ مَا ليْسَ بِمُتَقَوِّمٍ بِمَا لهُ قِيمَةٌ لَيْسَتْ مِنْ النَّظَرِ فِي شَيْءٍ (بِخِلافِ النِّكَاحِ) فَإِنَّ **الرَّجُل إِذَا زَوَّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ امْرَأَةً بِمَهْرِ المِثْل** صَحَّ لأَنَّ البُضْعَ مُتَقَوِّمٌ حَالةَ الدُّخُولِ؛ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ نِكَاحُ المَرِيضِ بِمَهْرِ المِثْل مِنْ جَمِيعِ المَال فَكَانَ مُقَابَلةَ المُتَقَوِّمِ بِالمُتَقَوِّمِ وَهُوَ مِنْ وُجُوهِ النَّظَرِ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ الخُلعُ لَمْ يَسْقُطْ المَهْرُ وَلا يَسْتَحِقُّ الزَّوْجُ مِنْ مَالِهَا بَدَل الخُلعِ، وَهَل يَقَعُ الطَّلاقُ أَوْ لا يَقَعُ؟ فِيهِ رِوَايَتَان: فِي رِوَايَةٍ يَقَعُ، وَفِي أُخْرَى لا يَقَعُ. وَمَنْشَأُ الرِّوَايَتَيْنِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الكِتَابِ لَمْ يَجُزْ، فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلى الطَّلاقِ وَأَنْ يَنْصَرِفَ إِلى لُزُومِ المَال، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلاقَ وَاقِعٌ، وَعَدَمَ الجَوَازِ مُنْصَرِفٌ إِلى المَال، نَصَّ عَلَيْهِ فِي المُنْتَقَى فَقَال: لأَنَّ لِسَانَ الأَبِ كَلِسَانِهَا. وَلوْ **خَالعَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مَهْرِهَا فَقَبِلتْ أَوْ قَالتْ الصَّغِيرَةُ لِزَوْجِهَا اخْلَعْنِي عَلَى مَهْرِي فَفَعَل** وَقَعَ الطَّلاقُ بِغَيْرِ بَدَلٍ. وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ فَقَال (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لأَنَّهُ تَعْليقٌ

بِشَرْطِ قَبُوله) أَيْ قَبُول الأَب، فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْليق بِسَائِرِ الشُّرُوط مِثْل أَنْ يَقُول إِنْ دَخَلت الدَّارَ وَغَيْرَهُ، وَفِي ذَلكَ يَقَعُ إِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ، فَكَذَلكَ إِذَا وُجِدَ القَبُولُ. وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُخْرَى أَنَّ الخُلعَ فِي مَعْنَى اليَمينِ وَالأَيْمَانُ لا تُجْرَى فِيهَا النِّيَابَةُ، وَلَوْ انْعَقَدَ مِنْ الأَبِ انْعَقَدَ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ إِلا أَنَّ هَذَا لا يَقْوَى فَإِنَّ الأَبَ يُوجَدُ مِنْهُ شَرْطُ اليَمينِ لا نَفْسُ اليَمينِ، وَشَرْطُ اليَمينِ يَصِحُّ مِنْ كُل وَاحِدٍ (وَإِنْ **خَالعَهَا عَلَى أَلف عَلى أَنَّهُ**) **أَيْ الأَبَ** (**ضَامِنٌ** فَالخُلعُ وَاقِعٌ وَالأَلفُ عَليْه) أَيْ عَلى الأَب، وَمَعْنَى الضَّمَان هَهُنَا التِزَامُ المَال عَلى نَفْسه لا الكَفَالَةُ عَنْ الصَّغيرَة لأَنَّ الزَّوْجَ لا يَسْتَحقُّ عَليْهَا مَالا حَتَّى يَتَكَفَّل عَنْهَا أَحَدٌ.

وَوَجْهُ ذَلكَ مَا ذَكَرَهُ (أَنَّ **اشْترَاطَ بَدَل الخُلع عَلى الأَجْنَبيِّ** صَحيحٌ) لكَوْنه فِي مَعْنَى المُخْتَلعَة فِي عَدَمِ دُخُول شَيْءٍ يُقَابلُ البَدَل فِي ملكه (فَعَلى الأَب أَوْلى) وَذَكَرَ فِي وَجْه الأَوْلويَّة أَنَّ للأَبِ ولايَةَ التَّصرُّف فِي مَال وَلده الصَّغير بَيْعًا وَشرَاءً وَإِجَارَةً وَإِيدَاعًا وَإِبْضَاعًا، وَلا يَجُوزُ هَذَا التَّصرُّفُ مِنْ الأَجْنَبيِّ. ثُمَّ اشْترَاطُ بَدَل الخُلعِ عَلى نَفْسه تَصرُّفٌ مِنْ التَّصرُّفَات، فَلمَّا جَازَ ذَلكَ مِنْ الأَجْنَبيِّ مَعَ أَنَّهُ ليْسَ لهُ ولايَةٌ عَامَّةُ التَّصرُّفَاتِ فِي مَال الصَّغير فَلأَنْ يَجُوزَ مِنْ الأَبِ وَلهُ ذَلكَ أَوْلى وَفيه تَأَمُّلٌ، فَإِنَّ التَّصرُّفَ فِي مَال الصَّغيرِ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي الأَوْلويَّة أَنْ لوْ تَعَلقَ بَدَلُ الخُلعِ بِمَال الصَّغيرَة وَليْس كَذَلكَ، وَكَانَ تلكَ الولايَةُ وَعَدَمُهَا سَوَاءً.

وَلعَل الأَوْلى أَنْ يُقَال: الخُلعُ تَصرُّفٌ دَائرٌ بَيْنَ النَّفعِ وَالضَّرَرِ أَوْ نَفْعٌ مَحْضٌ كَقَبُول الهبَة عَلى مَا قيل فَإِذَا كَانَ التزَامُ بَدَله مِنْ الأَجْنَبيِّ صَحيحًا مَعَ قُصُورِ الشَّفقَة فَلأَنْ يَصحَّ مِنْ الأَبِ مَعَ وُفُورهَا أَوْلى.

فَإِنْ قُلت: عَلى مَا ذَكَرْت مِنْ كَوْن الأَجْنَبيِّ فِي مَعْنَى المَرْأَة فِي عَدَمِ دُخُول شَيْءٍ يُقَابلُ البَدَل فِي ملكه يَجبُ أَنْ يَصحَّ إِعْتَاقُ الرَّجُل عَبْدَهُ عَلى مَالٍ عَلى الأَجْنَبيِّ كَمَا يَصحُّ عَلى مَاله عَليْه لأَنَّهُ لا يَدْخُلُ فِي ملك الأَجْنَبيِّ شَيْءٌ كَالعَبْد وَليْسَ كَذَلكَ. قُلت: تَحْصُلُ للعَبْد حُرِّيَّةُ نَفْسه التي هِيَ حَيَاةٌ مَعْنَويَّةٌ وَسَبَبٌ لحُصُول الأَمْلاك، وَليْس الأَجْنَبيُّ كَذَلكَ.

لا يُقَالُ: فِي الخُلعِ أَيْضًا تَحْصُلُ للمَرْأَة الحُرِّيَّةُ عَنْ رقِّ النِّكَاحِ وَليْسَ الأَجْنَبيُّ كَذَلكَ. لأَنَّا نَقُولُ: العِتقُ يُثْبتُ الحُرِّيَّةَ وَالقُوَّةَ الشَّرْعيَّةَ وَالخُلعُ يَرْفَعُ المَانعَ لتَعْمل القُوَّةُ

الشَّرْعِيَّةُ عَمَلَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ إِثْبَاتُ شَيْءٍ بِخِلافِ العِتْقِ (قَوْلُهُ وَلا يَسْقُطُ مَهْرُهَا) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ الخُلعُ يُسْقِطُهُ (لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُل تَحْتَ وِلايَةِ الأَبِ) لأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ النَّظَرِ وَوِلايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَرَطَ الأَلفَ) يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إِنْ شَرَطَ الأَلفَ عَلى الصَّغِيرَةِ (تَوَقَّفَ عَلى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُول) بِأَنْ تَعْقِل العَقْدَ وَتُعَبِّرَ عَنْ نَفْسِهَا (فَإِنْ قَبِلتْ وَقَعَ الطَّلاقُ لِوُجُودِ الشَّرْطِ، وَلا يَجِبُ المَالُ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الغَرَامَةِ وَإِنْ قَبِلَهُ الأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ) أَيْ فِي هَذَا القَبُول (رِوَايَتَانِ رِوَايَةٌ يَصِحُّ لأَنَّ هَذَا نَفْعٌ مَحْضٌ لِلصَّغِيرَةِ)؛ لأَنَّ الصَّغِيرَةَ تَتَخَلصُ مِنْ عُهْدَتِهِ بِغَيْرِ مَالٍ فَصَحَّ مِنْ الأَبِ كَقَبُول الهِبَةِ، كَذَا فِي مَبْسُوطِ فَخْرِ الإِسْلامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَفِي رِوَايَةٍ لا يَصِحُّ لأَنَّ هَذَا القَبُول بِمَعْنَى شَرْطِ اليَمِينِ، وَذَلِكَ مِمَّا لا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ (وَكَذَا إِنْ **خَالعَهَا عَلى مَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنْ الأَبُ المَهْرَ** تَوَقَّفَ عَلى قَبُولِهَا، فَإِنْ قَبِلتْ طَلُقَتْ وَلا يَسْقُطُ المَهْرُ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ القَبُولُ وَلَيْسَتْ مِنْ أَهْل الغَرَامَةِ (وَإِنْ قَبِل الأَبُ عَنْهَا فَعَلى الرِّوَايَتَيْنِ) فِي رِوَايَةٍ يَصِحُّ وَفِي أُخْرَى لا يَصِحُّ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا ذَكَرْنَاهُ آنِفًا (وَإِنْ ضَمِنَ الأَبُ المَهْرَ) أَيْ التَزَمَ بِمَعْنَى إِذَا خَالعَ الأَبُ مَعَ الزَّوْجِ وَالتَزَمَ المَهْرَ عَلى ذِمَّتِهِ (وَهُوَ أَلفُ دِرْهَمٍ مَثَلا طَلُقَتْ لِوُجُودِ قَبُولِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَيَلزَمُهُ خَمْسُمِائَةٍ اسْتِحْسَانًا) لأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلةِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مَلمُوسَةٍ وَكَانَ المَهْرُ أَلفًا فَأَضَافَ الخُلعَ إِلى مَهْرِهَا وَمَهْرُهَا مَا يَجِبُ لَهَا بِالنِّكَاحِ، وَالوَاجِبُ لَهَا بِالنِّكَاحِ فِي الطَّلاقِ قَبْل الدُّخُول نِصْفُ المَهْرِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ فَكَأَنَّهُ خَالعَهَا عَلى خَمْسِمِائَةٍ صَرِيحًا (وَفِي القِيَاسِ يَلزَمُهُ الأَلفُ) بِحُكْمِ الضَّمَانِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ ضَمَانَ الأَبِ بِالمَهْرِ وَهُوَ أَلفُ دِرْهَمٍ إِذَا صَحَّ لا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ الأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَدْخُولا بِهَا أَوْ لا؛ فَإِنْ كَانَتْ فَلَهَا عَلى الزَّوْجِ جَمِيعُ المَهْرِ وَلِلزَّوْجِ عَلى الأَبِ بِحُكْمِ الضَّمَانِ أَلفُ دِرْهَمٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَلَهَا عَلى الزَّوْجِ نِصْفُ المَهْرِ لأَنَّ النِّصْفَ الآخَرَ سَقَطَ بِالطَّلاقِ قَبْل الدُّخُول وَلِلزَّوْجِ عَلى الأَبِ أَلفُ دِرْهَمٍ بِحُكْمِ الضَّمَانِ فِي القِيَاسِ.

وَأَمَّا فِي الاسْتِحْسَانِ فَلِلزَّوْجِ عَلى الأَبِ خَمْسُمِائَةٍ لأَنَّ المَقْصُودَ سَلامَةُ الأَلفِ

وَقَدْ حَصلَتْ، إذْ النِّصْفُ سَقَطَ بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول، وَالنِّصْفُ الآخَرُ الذي تَرْجِعُ به المَرْأَةُ عَلَيْه فَهُوَ يَرْجِعُ بِه عَلى الضَّامِنِ وَهُوَ الأَبُ، هَذَا إذَا لَمْ تَقْبِضْ المَهْرَ، وَأَمَّا إذَا قَبضَتْ المَهْرَ كُلهُ فَيَرْجِعُ الزَّوْجُ بِالنِّصْفِ عَلَيْهَا وَبالنِّصْفِ الآخَرِ عَلى الضَّامِنِ فَيَسْلمُ لهُ جَمِيعُ الأَلْف وَلا مُعْتَبَرَ باخْتِلاف السَّبَب عِنْدَ اتِّحَاد المَقْصُود (وَأَصْلُ هَذه المَسْأَلة في الكَبيرَة إذَا اخْتَلعَتْ قَبْل الدُّخُول عَلى أَلف وَمَهْرُهَا أَلفٌ) وَلَمْ تَقْبض شَيْئًا (فَالقيَاسُ أَنْ يَجبَ عَلَيْهَا خَمْسُمائَة) للزَّوْج لأَنَّ خَمْسَمائَة منْ المَهْر سَقَطَتْ بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول وَقَدْ التَزَمَتْ المَرْأَةُ الأَلفَ وَنصْفُ الأَلف سَقَطَ عَنْ ذمَّتهَا بطَريق المُقَاصَّة لأَنَّ لهَا عَلى الزَّوْج خَمْسَمائَة بَاقيَةً بَعْدَ سُقُوط نصْف المَهْر.

فَوَجَبَ عَلَيْهَا خَمْسُمائَة زَائدَةٌ عَلى الأَلف تَتْميمًا للأَلف التي التَزَمَتْهَا (وَفي الاسْتحْسَان لا شَيْءَ عَلَيْهَا) لأَنَّ مَقْصُودَ الزَّوْج سُقُوطُ كُل المَهْر عَنْ ذمَّته وَقَدْ حَصَل فَلا يَلزَمُهَا شَيْءٌ زَائدٌ عَلى ذَلكَ، وَأَمَّا إذَا قَبَضَتْ جَميعَ المَهْر فَعَلى القيَاس تَرُدُّ المَرْأَةُ الأَلفَ وَخَمْسَمائَة الأَلف بَدَل الخُلع وَخَمْسَمائَة نصْف المَهْر للطَّلاق قَبْل الدُّخُول. وَفي الاسْتحْسَان: تَرُدُّ الأَلفَ لا غَيْرُ خَمْسَمائَة بَدَل الخُلع وَخَمْسَمائَة بالطَّلاق قَبْل الدُّخُول.

وَقَوْلُهُ (زَائدَة) بالجَرِّ لأَنَّ الصِّفَةَ تَتْبَعُ المُضَافَ إليْه في الإعْرَاب كَمَا في قَوْله تَعَالى ﴿ سَبۡعَ بَقَرَٰتٍ سِمَانٍ ﴾ [يوسف: ٤٣] كَذَا في النِّهَايَة، وَقَال: هَكَذَا أَفَادَ شَيْخي مرَارًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب الظهار

(وَإذَا قَال الرَّجُلُ لامرَأَتِه أَنتِ عَلَيَّ كَظَهرِ أُمّي فَقَد حُرِّمَت عَليهِ لا يَحلُّ لهُ وَطؤُهَا وَلا مَسُّهَا وَلا تَقبِيلُهَا حَتَّى يُكفِّرَ عَن ظِهَارِه) لقَولِه تَعَالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾ **[المجادلة: ٣] إلى أَن قَال** ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾. **وَالظهَارُ كَانَ طَلاقًا فِي الجَاهِلِيَّة، فَقَرَّرَ الشَّرعُ أَصلهُ وَنَقَل حُكمَهُ إلى تَحرِيمٍ مُوَقَّتٍ بِالكَفَّارَةِ غَير مُزِيلٍ للنِّكَاحِ، وَهَذَا لأَنَّهُ جِنَايَةٌ لكَونِهِ مُنكَرًا مِن القَول وَزُورًا فَيُنَاسِبُ المُجَازَاةَ عَليهَا بِالحُرمَة، وَارتِفَاعُهَا بِالكَفَّارَة. ثُمَّ الوَطءُ إذَا حَرُمَ حَرُمَ بِدَوَاعِيهِ كَي لا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الإحرَامِ، بِخِلافِ الحَائِضِ وَالصَّائِمِ لأَنَّهُ يَكثُرُ وُجُودُهُمَا، فَلو حَرُمَ الدَّوَاعِي يُفضِي إلى الحَرَجِ وَلا كَذَلكَ الظِّهَارُ وَالإحرَامُ.**

الشرح:

(**باب الظهار**): (وَإِذَا قَال الرَّجُلُ لامْرَأَتِه أَنْت عَليَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْه لا يَحِلُّ لهُ وَطْؤُهَا وَلا مَسُّهَا وَلا تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِه لقَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ وَالظِّهَارُ كَانَ طَلاقًا فِي الجَاهِليَّة، فَقرَّرَ الشَّرْعُ أَصْلَهُ وَنَقَل حُكْمَهُ إلى تَحْرِيمٍ مُوَقَّت بِالكَفَّارَة غَيْر مُزِيلٍ للنِّكَاحِ) وَبَيَانُ ذَلكَ أَنَّ أَحَدَهُمْ فِي الجَاهِليَّة كَانَ إذَا أَرَادَ أَنْ يُطَلقَ امْرَأَتَهُ جَعَلَهَا فِي التَّحْرِيمِ عَلى نَفْسِه كَالمَوَاضِعِ التِي لا يَطَّلعُ عَليْهَا مِنْ أُمِّه كَالفَخذِ وَالظَّهْرِ وَالبَطْنِ وَالفَرْجِ، ثُمَّ نَظَرُوا فَلَمْ يَجدُوا مَوْضعًا أَحْسَنَ فِي الذِّكْرِ وَلا أَسْتَرَ مِنْ الظَّهْرِ مَعَ إصَابَة المَعْنَى الذي أَرَادُوهُ فَاسْتَعْمَلُوهُ دُونَ غَيْره.

ثُمَّ إنَّ خَوْلَةَ بنْتَ ثَعْلبَةَ قَالتْ: كُنْت تَحْتَ أَوْسِ بْنِ الصَّامِت وَقَدْ سَاءَ خُلُقُهُ لكِبَرِ سنِّه، فَرَاجَعْته فِي بَعْضِ مَا أَمَرَنِي بِه فَقَال: أَنْت عَليَّ كَظَهْرِ أُمِّي، ثُمَّ خَرَجَ فَجَلسَ فِي نَادِي قَوْمِه ثُمَّ رَجَعَ إليَّ فَرَاوَدَنِي عَنْ نَفْسِي، فَقُلت وَالذِي نَفْسُ خَوْلَةَ بِيَدِه لا تَصِلُ إليَّ وَقَدْ قُلت مَا قُلت حَتَّى يَقْضِيَ اللهُ وَرَسُولُهُ فِي ذَلكَ، فَوَقَعَ عَليَّ فَدَفَعْته بِمَا تَدْفَعُ بِهِ المَرْأَةُ الشَّيْخَ الكَبِيرَ، وَخَرَجْت إلى بَعْضِ جِيرَانِي فَأَخَذْت ثِيَابًا فَلبسْتهَا وَأَتَيْت رَسُول الله ﷺ فَأَخْبَرْته بِذَلكَ، فَجَعَل يَقُولُ لِي: **زَوْجُك وَابْنُ عَمِّك وَقَدْ كَبرَ فَأَحْسني إليْه**، فَجَعَلت أَشْكُو إلى الله مَا أَرَى مِنْ سُوءِ خُلُقه فَتَغَشَّى رَسُول الله ﷺ مَا كَانَ يَتَغَشَّاهُ عِنْدَ نُزُول الوَحْيِ فَلمَّا سُرِّيَ عَنْهُ قَال: **أَنْزَل اللهُ فِيك وَفِي زَوْجك بَيَانًا**، وَتَلا قَوْله تَعَالى ﴿ قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِيٓ إِلَى ٱللَّهِ ﴾ إلى آخرِ آيَات الظِّهَارِ، ثُمَّ قَال: **مُرِيه فَليُعْتقْ رَقَبَةً**، فَقُلت: لا يَجدُ ذَلكَ يَا رَسُول الله، ثُمَّ قَال: **مُرِيه أَنْ يَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ**، فَقُلت: هُوَ شَيْخٌ كَبِيرٌ لا يُطِيقُ الصَّوْمَ، فَقَال: **مُرِيه فَليُطْعِمْ ستِّينَ مسْكِينًا** فَقُلت: مَا عِنْدَهُ شَيْءٌ يَا رَسُول الله، فَقَال: **إنَّا سَنُعِينُهُ بِعِرْقٍ**، فَقُلت: وَأَنَا أُعِينُهُ بِعِرْقٍ أَيْضًا، فَقَال: **افْعَلي وَاسْتَوْصِي بِه خَيْرًا**».

وَقَال عُلمَاؤُنَا: المُرَادُ مِنْ العَوْد هُوَ العَزْمُ عَلى الجمَاعِ الذي هُوَ إمْسَاكٌ بالمَعْرُوف. وَقَال الشَّافعيُّ: المُرَادُ هُوَ السُّكُوتُ عَنْ طَلاقهَا عَقيبَ الظِّهَارِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى نَقْل حُكْمِ الظِّهَارِ مِنْ الطَّلاقِ إلى التَّحْرِيمِ المُوَقَّت بِالكَفَّارَة، وَبَيَانُهُ أَنَّ الظِّهَارَ

جِنَايَةٌ لِكَوْنِهِ مُنْكَرًا مِنْ القَوْلِ وَزُورًا قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢] وَالْمُنْكَرُ مَا يُنْكِرُهُ الحَقِيقَةُ وَالشَّرْعُ، وَالزُّورُ هُوَ الكَذِبُ وَالبَاطِلُ، وَالجِنَايَةُ تُنَاسِبُ الْمُجَازَاةَ عَلَيْهَا بِالحُرْمَةِ وَارْتِفَاعُهَا بِالكَفَّارَةِ (ثُمَّ الوَطْءُ إِذَا حُرِّمَ حُرِّمَ بِدَوَاعِيهِ كَيْ لا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الإِحْرَامِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا تُحَرَّمُ الدَّوَاعِي لأَنَّ التَّحْرِيمَ عُرِفَ بِقَوْلِهِ تَعَالى ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ وَالتَّمَاسُّ فِي القُرْآنِ كِنَايَةٌ عَنْ الجِمَاعِ.

وَأَجَابَ صَاحِبُ الأَسْرَارِ بِأَنَّ التَّمَاسَّ حَقِيقَةٌ فِي الْمَسِّ بِاليَدِ وَالكَلامُ لِلْحَقِيقَةِ حَتَّى يَقُومَ دَلِيلُ الْمَجَازِ (بِخِلافِ الحَائِضِ وَالصَّائِمِ) حَيْثُ لا تُحَرَّمُ الدَّوَاعِي فِيهِمَا (لأَنَّهُ يَكْثُرُ وُجُودُهُمَا، فَلَوْ حُرِّمَ الدَّوَاعِي أَفْضَى إِلى الحَرَجِ، وَلا كَذَلِكَ الظِّهَارُ وَالإِحْرَامُ) وَسَيَأْتِي فِي كِتَابِ الكَرَاهِيَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَثُرَ وُجُودُهُمَا كَانَ أَدْعَى إِلى شَرْعِ الزَّاجِرِ مِنْ الظِّهَارِ، فَلِمَ انْعَكَسَ الأَمْرُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ أَوْقَاتَ الحَيْضِ وَالصَّوْمِ وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا لَكِنَّ أَوْقَاتَ الطُّهْرِ وَالإِفْطَارِ أَكْثَرُ، فَلَمَّا كَثُرَ أَوْقَاتُ الطُّهْرِ كَانَ الجِمَاعُ مَوْجُودًا فِيهَا ظَاهِرًا فَيُوجِبُ ذَلِكَ فُتُورَ رَغْبَةٍ فِي الجِمَاعِ فَلا يَلِيقُ فِيهِ إِيجَابُ الزَّاجِرِ لأَنَّ إِيجَابَ الزَّاجِرِ لِمَنْعِ وُجُودِ الجِمَاعِ، وَبِفُتُورِ الرَّغْبَةِ كَانَ مُمْتَنِعًا فَلا يَحْتَاجُ إِلى إِيجَابِ الزَّاجِرِ.

(فَإِن وَطِئَهَا قَبل أَن يُكَفِّرَ استَغفَرَ اللهَ تَعَالى وَلا شَيءَ عَلَيهِ غَيرَ الكَفَّارَةِ الأُولى وَلا يَعُودُ حَتَّى يُكَفِّرَ) «لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِلذِي وَاقَعَ فِي ظِهَارِهِ قَبل الكَفَّارَةِ: استَغفِرِ اللهَ وَلا تَعُد حَتَّى تُكَفِّرَ»[1] وَلَو كَانَ شَيءٌ آخَرُ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيهِ. قَال: وَهَذَا اللفظُ لا يَكُونُ إِلا ظِهَارًا لأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَلَو نَوَى بِهِ الطَّلاقَ لا يَصِحُّ) لأَنَّهُ مَنسُوخٌ فَلا يَتَمَكَّنُ مِنَ الإِتيَانِ بِهِ

الشرح:

(فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ **أَنْ يُكَفِّرَ** اسْتَغْفَرَ اللهَ وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ الكَفَّارَةِ الأُولى) أَيْ الكَفَّارَةُ الوَاجِبَةُ بِالظِّهَارِ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَنْصُوصِ، وَلا يُعَاوِدُ الوَطْءَ حَتَّى يُكَفِّرَ؛ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ سَلَمَةَ بْنَ صَخْرٍ البَيَاضِيَّ قَال لِرَسُول اللهِ ﷺ: ظَاهَرْت مِنْ امْرَأَتِي ثُمَّ أَبْصَرْت خَلْخَالَهَا فِي لَيْلَةٍ قَمْرَاءَ فَوَاقَعْتهَا، فَقَال رَسُولُ اللهِ ﷺ: **اسْتَغْفِرْ رَبَّك وَلا تَعُدْ حَتَّى**

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٢٢)، والترمذي (١١٩٩)، والنسائي (٣٢٣٤)، وابن ماجه (٢٠٦٥) عن ابن عباس، وانظر نصب الراية (٣/٣٥٤).

تُكَفِّرَ». وَوَجْهُ الاسْتِدْلال مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ آخَرُ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيْه. قَال: وَهَذَا اللفْظُ) هَذَا إشَارَةٌ إلى قَوْلِه أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي: يَعْنِي هَذَا اللفْظَ لا يَثْبُتُ بِه إلا الظِّهَارُ، فَلوْ نَوَى الطَّلاقَ أَوْ الإِيلاءَ أَوْ قَال لَمْ أَنْوِ بِه شَيْئًا يَكُونُ ظِهَارًا (لأَنَّهُ) أَيْ كَوْنَهُ طَلاقًا (مَفْسُوخٌ فَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ الإِتْيَانِ بِهِ) لأَنَّ فِي ذَلِكَ تَغْيِيرَ مَوْضُوعِ الشَّرْعِ وَلَيْسَ للعَبْدِ ذَلِكَ.

(وَإِذَا قَال أَنتِ عَلَيَّ كَبَطنِ أُمِّي أَو كَفَخذِهَا أَو كَفَرجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ) لأَنَّ الظِّهَارَ ليسَ إلا تَشبِيهُ المُحَللةِ بِالمُحرَّمَةِ، وَهَذَا المَعنَى يَتَحَقَّقُ فِي عُضوٍ لا يَجُوزُ النَّظَرُ إليهِ (وَكَذَا إذَا شَبَّهَهَا بِمَن لا يَحِلُّ لهُ النَّظَرُ إليهَا عَلى التَّأبِيدِ مِن مَحَارِمِهِ مِثل أُختِهِ أَو عَمَّتِهِ أَو أُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ) لأَنَّهُنَّ فِي التَّحرِيمِ المُؤَبَّدِ كَالأُمِّ (وَكَذَلكَ إذَا قَال رَأسُك عَلَيَّ كَظَهرِ أُمِّي أَو فَرجُك أَو وَجهُك أَو رَقَبَتُك أَو نِصفُك أَو ثُلُثُك أَو بَدَنُك) لأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ، وَيَثبُتُ الحُكمُ فِي الشَّائِعِ ثُمَّ يَتَعَدَّى كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلاقِ.

الشرح:

(وَلوْ قَال أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَوْ كَفَخذِهَا أَوْ كَفَرْجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ لأَنَّ الظِّهَارَ لَيْسَ إلا تَشْبِيهُ المُحَللة بِالمُحَرَّمَة) اللامُ فِي المُحَللة وَالمُحَرَّمَة للعَهْد: أَيْ المُحَللة نِكَاحًا لا بِملك اليَمِين بِالمُحَرَّمَة تَأْبِيدًا لا تَوْقِيتًا (وَهَذَا المَعْنَى) أَيْ التَّشْبِيهُ (يَتَحَقَّقُ فِي عُضْوٍ لا يَجُوزُ النَّظَرُ إليْه) كَالأَعْضَاءِ المَذْكُورَة، بِخِلافِ اليَدِ وَالرِّجْل وَالشَّعْرِ وَالظُّفْرِ لأَنَّهُ يَحِلُّ النَّظَرُ وَالمَسُّ فَلا يَكُونُ مُظَاهِرًا بِالتَّشْبِيه بِهَا.

وَقَوْلُهُ وَكَذَا إذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لا يَحِلُّ لهُ النَّظَرُ إليْهَا) ظَاهِرٌ وَإِنْ قَال رَأْسُك عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي أَوْ فَرْجُك أَوْ رَقَبَتُك كَانَ مُظَاهِرًا) لأَنَّ هَذه الأَعْضَاءَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ البَدَن فَيَكُونُ تَشْبِيهُهَا مِنْ المَرْأَة كَتَشْبِيه ذَات المَرْأَة (وَلوْ **قَال نِصْفُك أَوْ ثُلُثُك أَوْ رُبُعُك كَظَهْرِ أُمِّي** كَانَ مُظَاهِرًا لأَنَّ الحُكْمَ يَثْبُتُ فِي ذَلكَ الجُزْءِ أَوَّلا ثُمَّ يَسْرِي إلى سَائِرِ البَدَنِ كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلاقِ)

(وَلوْ **قَال أَنْت عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي** يَرْجِعُ إلى نِيَّته) لِيَنْكَشِفَ حُكْمُهُ (فَإِنْ قَال أَرَدْت الكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَال) لأَنَّ التَّكْرِيمَ بِالتَّشْبِيه فَاشٍ فِي الكَلامِ (وَإِنْ قَال أَرَدْت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) لأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِجَمِيعِهَا، وَفِيه تَشْبِيهٌ بِالعُضْوِ لكِنَّهُ لَيْس بِصَرِيحٍ فَيَفْتَقِرُ

إلى النِّيَّةِ (وَإِنْ قَال أَرَدْت الطَّلاقَ فَهُوَ طَلاقٌ بَائِنٌ) لأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بالأُمِّ فِي الحُرْمَةِ فَكَأَنَّهُ قَال أَنْت عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلاقَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْس بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لاحْتِمَال الحَمْل عَلى الكَرَامَةِ. وَقَال مُحَمَّدٌ يَكُونُ ظِهَارًا لأَنَّ التَّشْبِيهَ بِعُضْوٍ مِنْهَا لَمَّا كَانَ ظِهَارًا فَالتَّشْبِيهُ بِجَمِيعِهَا أَوْلى.

وَإِن عَنَى بِهِ التَّحريمَ لا غيرُ؛ فَعِندَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ إيلاءٌ ليَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدنَى الحُرمَتَينِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ ظِهَارٌ لأَنَّ كَافَ التَّشبِيهِ تَختَصُّ بِهِ.

الشرح:

وَلوْ قَال أَنْت عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي احْتَمَل وُجُوهًا فَيُرْجَعُ إلى نِيَّتِه لِيَنْكَشِفَ ذَلِكَ)؛ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لهُ نِيَّةٌ فَلَيْس بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَحْدَهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيه رِوَايَتَان: إحْدَاهُمَا كَقَوْل مُحَمَّد لأَنَّهُ قَال فِي الأَمَالي: إذَا قَال هَذَا فِي حَالةِ الغَضَبِ وَقَال نَوَيْت بِهِ البِرَّ لَمْ يُصَدَّقْ فِي القَضَاءِ وَهُوَ ظِهَارٌ.

وَعَنْهُ أَنَّهُ قَال إيلاءٌ لأَنَّ الأُمَّ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْه بِالنَّصِّ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٣] وَكَانَ قَوْلُهُ أَنْت عَلَيَّ كَأُمِّي بِمَنْزِلةِ قَوْله أَنْت عَلَيَّ حَرَامٌ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِي هَذَا اللفْظِ أَنَّهُ إذَا لَمْ يَنْوِ شَيْئًا يَثْبُتُ أَقَلُّ الوُجُوه وَهُوَ الإيلاءُ. وَجْهُ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب أَنَّ كَلامَهُ يَحْتَملُ التَّشْبِيهَ مِنْ حَيْثُ الكَرَامَةُ فَيُحْمَلُ عَلَيْه إلى أَنْ يَتَبَيَّنَ خِلافُهُ بِالنِّيَّةِ وَالفَرْضُ عَدَمُهَا. وَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَنَّ (التَّشْبِيهَ بِعُضْوٍ مِنْهَا لَمَّا كَانَ ظِهَارًا فَالتَّشْبِيهُ بِجَمِيعِهَا أَوْلى.

وَإِنْ عَنَى بِه التَّحْرِيمَ لا غَيْرُ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ إيلاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِه أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ) فَإِنَّ الحُرْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالإيلاءِ أَدْنَى مِنْ الحُرْمَة الثَّابِتَة بِالظِّهَارِ، إذْ حُرْمَةُ الإيلاءِ لِغَيْرِهَا وَهُوَ هَتْكُ حُرْمَة اسْمِ اللهِ تَعَالى، وَحُرْمَةُ الظِّهَارِ لِعَيْنِهَا وَهُوَ أَنَّهُ مُنْكَرٌ مِنْ القَوْل وَزُورٌ، وَلأَنَّ **الحُرْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالظِّهَارِ** لا تَرْتَفِعُ إلا بِالكَفَّارَةِ، وَالثَّابِتَةَ بِالإيلاءِ تَرْتَفِعُ بِدُونِهَا وَهُوَ الحِنْثُ وَغَيْرُ ذَلكَ مِنْ الوُجُوهِ الدَّالةِ عَلى ذَلكَ عَلى مَا هُوَ المَذْكُورُ فِي النِّهَايَةِ وَغَيْرِهَا (وَعِنْدَ مُحَمَّد ظِهَارٌ لأَنَّ كَافَ التَّشْبِيه يَخْتَصُّ بِهِ).

(وَلو قَال أَنتِ عَليَّ حرَامٌ كَأُمِّي وَنَوَى ظِهَارًا أَو طَلاقًا فَهُوَ عَلى مَا نَوَى) لأَنَّهُ

يَحتَمِلُ الوَجهَينِ. الظِّهارُ لِمَكَانِ التَّشبِيهِ وَالطَّلاقُ لِمَكَانِ التَّحرِيمِ وَالتَّشبِيهُ تَأكِيدٌ لهُ وَإن لم تَكُن لهُ نِيَّةٌ، فَعَلى قَول أَبِي يُوسُفَ إيلاءٌ، وَعَلى قَول مُحَمَّدٍ ظِهَارٌ، وَالوَجهَانِ بَيَّنَّاهُمَا.

الشرح:

(وَلوْ قَال أَنْتِ عَليَّ حَرَامٌ كَأُمِّي وَنَوَى ظِهَارًا أَوْ طَلاقًا فَهُوَ عَلى مَا نَوَى لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ) فَحَسْبُ، لأَنَّهُ لَمَّا صَرَّحَ بِالحُرْمَةِ لَمْ يَبْقَ كَلامُهُ مُحْتَمِلا للكَرَامَةِ كَمَا فِي المَسْأَلةِ الأُولى وَوَجْهُهَا ظَاهِرٌ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لهُ نِيَّةٌ فَعَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ إيلاءٌ، وَعَلى قَوْل مُحَمَّد ظِهَارٌ، وَالوَجْهَانِ بَيَّنَّاهُمَا) يَعْنِي قَوْلهُ لِيَكُونَ الثَّابِتُ أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ، وَقَوْلهُ لأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ يَخْتَصُّ بِهِ.

(وَإن قَال أنتِ عَليَّ حَرَامٌ كَظَهرِ أُمِّي وَنَوَى بِهِ طَلاقًا أَو إيلاءً لم يَكُن إلا ظِهَارًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ عَلى مَا نَوَى) لأَنَّ التَّحرِيمَ يَحتَمِلُ كُل ذَلكَ عَلى مَا بَيَّنَّا، غَيرَ أَنَّ عِندَ مُحَمَّدٍ إذَا نَوَى الطَّلاقَ لا يَكُونُ ظِهَارًا، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا وَقَد عُرِفَ مَوضِعُهُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ فَلا يُحتَمَلُ غَيرُهُ، ثُمَّ هُوَ مُحكَمٌ فَيُرَدُّ التَّحرِيمُ إليهِ.

الشرح:

(وَإِنْ قَال أَنْتِ عَليَّ حَرَامٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَنَوَى طَلاقًا أَوْ إيلاءً لا يَكُونُ إلا ظِهَارًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إذَا لَمْ يَنْوِ شَيْئًا كَذَا فِي المَبْسُوطِ (وَقَالا: هُوَ عَلى مَا نَوَى) إنْ نَوَى ظِهَارًا فَظِهَارٌ، وَإِنْ نَوَى طَلاقًا فَطَلاقٌ، وَإِنْ نَوَى إيلاءً فَإِيلاءٌ، كَذَا ذَكَرَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَالإِمَامُ العَتَّابِيُّ فِي شَرْحَيْهِمَا للجَامِعِ الصَّغِيرِ (لأَنَّ التَّحْرِيمَ مُحْتَمَلٌ) وَنِيَّةُ المُحْتَمَل صَحِيحَةٌ (غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّد إذَا نَوَى الطَّلاقَ لا يَكُونُ ظِهَارًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا) يَعْنِي يَقَعُ الطَّلاقُ بِنِيَّتِهِ وَيَكُونُ مُظَاهِرًا بِالتَّصْرِيحِ بِالظِّهَارِ، وَلا يَصْدُقُ فِي صَرْفِ الكَلامِ عَنْ ظَاهِرِهِ قَضَاءً فَصَارَ بِمَنْزِلةِ **قَوْلهِ زَيْنَبُ طَالِقٌ وَلهُ امْرَأَةٌ مَعْرُوفَةٌ بِهَذَا الاسْمِ وَقَال لِي امْرَأَةٌ أُخْرَى وَإِيَّاهَا عَنَيْت** يَقَعُ الطَّلاقُ عَلى تِلكَ بِنِيَّتِهِ وَعَلى هَذِهِ المَعْرُوفَةِ بِالظَّاهِرِ.

وَضَعَّفَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ بِأَنَّ الطَّلاقَ إنْ وَقَعَ بِقَوْلهِ أَنْت عَليَّ حَرَامٌ كَانَ مُتَكَلمًا بِلفْظِ الظِّهَارِ بَعْدَ مَا بَانَتْ، **وَالظِّهَارُ بَعْدَ البَيْنُونَةِ لا يَصِحُّ**، وَإِنْ قَال الظِّهَارُ مَعَ

الطَّلاق يَثْبُتُ بِقَوْله أَنْت عَليَّ حَرَامٌ. قُلنَا اللفْظُ الوَاحِدُ لا يَحْتَملُ مَعْنَيَيْنِ مُخْتَلفَيْن. وَأَجَابَ الإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ عَنْ هَذَا فقَال: يَصِحُّ ظِهَارُ المُبَانَة عَلى قَوْله، وَكَانَ هَذَا رِوَايَةً منْهُ عَلى صِحَّة ظِهَارِ المُبَانَة وَأَنَّ هَذَا الكَلامَ صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ وَلِهَذَا لوْ لَمْ تَكُنْ لهُ نِيَّةٌ يَكُونُ ظِهَارًا فَلا يُصَدَّقُ فِي إِبْطَال حُكْمِ الظِّهَارِ وَيُصَدَّقُ فِي إِرَادَة الطَّلاق لاعْترَافه به.

وَقَوْلُهُ وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعه) يَعْنِي مَبْسُوطَ شَمْسِ الأَئِمَّة (وَلأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ قَوْلهُ أَنْتِ عَليَّ كَظَهْرِ أُمِّي صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ) وَلهَذَا لا يَحْتَاجُ فِي الدَّلالة عَليْه إِلى النِّيَّة (فَلا يَحْتَملُ غَيْرَهُ منْ الطَّلاق) وَالإِيلاءِ (ثُمَّ هُوَ مُحْكَمٌ) لعَدَمِ احْتمَال الغَيْرِ، وَقَوْلُهُ أَنْت عَليَّ حَرَامٌ يَحْتَملُ تَحْرِيمَ الطَّلاق وَغَيْرَهُ كَمَا مَرَّ (فَيُرَدُّ التَّحْرِيمُ إِليْه) أَيْ إِلى الظِّهَارِ كَمَا هُوَ الأَصْلُ فِي رَدِّ المُحْتَمَل عَلى المُحْكَمِ.

قَال (وَلا يَكُونُ الظِّهَارُ إلا مِن الزَّوجَة، حَتَّى لو ظَاهَرَ مِن أَمَتِه لم يَكُن مُظَاهِرًا) لقَولِه تَعَالى ﴿ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ [المجادلة: ٢] وَلأَنَّ الحِل فِي الأَمَة تَابِعٌ فَلا تُلحَقُ بِالمَنكُوحَة، وَلأَنَّ الظِّهَارَ مَنقُولٌ عَن الطَّلاقِ وَلا طَلاقَ فِي المَملُوكَة.

الشرح:

قَال (وَلا يَكُونُ الظِّهَارُ إلا منْ الزَّوْجَة، حَتَّى لوْ ظَاهَرَ منْ أَمَته لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا لقَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ وَلأَنَّ الحل فِي المَمْلُوكَة تَابِعٌ) بدَليل أَنَّهُ لوْ **اشْتَرَى أَمَةً فَوَجَدَهَا مُحَرَّمَةً عَليْه بِرَضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَة** لَمْ يَثْبُتْ للمُشْتَرِي ولايَةُ الرَّدِّ بِسَبَب الحُرْمَة فَلا تَكُونُ الأَمَةُ فِي مَعْنَى المَنْكُوحَة حَتَّى تَلحَقَ بهَا (وَلأَنَّ الظِّهَارَ مَنْقُولٌ عَنْ الطَّلاق وَلا طَلاقَ فِي المَمْلُوكَة) وَعُورِضَ بِأَنَّ الأَمَةَ مَحَلُّ الظِّهَارِ بَقَاءً فَيَجبُ أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا ابْتدَاءً؛ كَمَا لوْ **ظَاهَرَ منْ امْرَأَته وَهِيَ أَمَةٌ ثُمَّ اشْتَرَاهَا** فَإِنَّهُ يَبْقَى حُكْمُ الظِّهَارِ، وَمَا يَرْجعُ إِلى المَحَل فَالابْتدَاءُ وَالبَقَاءُ فيه سَوَاءٌ كَالمَحْرَمِيَّة فِي النِّكَاحِ.

وَالجَوَابُ أَنَّ بَقَاءَ الظِّهَارِ فِيمَا ذَكَرْت ليْسَ باعْتبَارِ أَنَّهَا مَحَلٌّ للظِّهَارِ بَقَاءً، وَإِنَّمَا هُوَ باعْتبَارِ أَنَّ حُرْمَةَ الظِّهَارِ إِذَا صَادَفَتْ المَحَل لا تَزُولُ إلا بالكَفَّارَة، وَهَهُنَا قَدْ صَادَفَتْ مَحَلًّا فَتَبْقَى إِلى أَنْ تُوجَدَ الكَفَّارَةُ فَهِيَ بِمَنْزِلَة الحُرْمَة الثَّابتَة بالطَّلاق، فَإِنَّهَا إِذَا طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ لَمْ تَحِل بَعْدَ ذَلكَ بِسَبَبٍ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ بِزَوْجٍ آخَرَ.

(فَإِن تَزَوَّجَ امرَأَةً بِغَيرِ أَمرِهَا ثُمَّ ظَاهَرَ مِنهَا ثُمَّ أَجَازَت النِّكَاحَ فَالظِّهَارُ بَاطِلٌ) لأَنَّهُ

صَادِقٌ فِي التَّشبِيهِ وَقتَ التَّصَرُّفِ فَلم يَكُن مُنكَرًا مِن القَولِ، وَالظِّهَارُ ليسَ بِحَقٍّ مِن حُقُوقِهِ حتَّى يَتَوَقَّفَ، بِخِلافِ إعتَاقِ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ لأَنَّهُ مِن حُقُوقِ المِلكِ.

الشرح:

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ أَمْرِهَا ثُمَّ ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَجَازَتْ النِّكَاحَ فَالظِّهَارُ بَاطِلٌ لأَنَّهُ صَادَقَ فِي التَّشْبِيه وَقْتَ التَّصَرُّف) لكَوْنهَا مُحَرَّمَةً قَبْل إجَازَتهَا فَلَمْ يُوجَدْ رُكْنُ الظِّهَارِ وَهُوَ تَشْبِيهُ المُحَلَلة بالمُحَرَّمَة فَلَمْ يَكُنْ مُنْكَرًا منْ القَوْل وَالظِّهَارُ مُنْكَرٌ منْ القَوْل. وَقَوْلُهُ وَالظِّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ منْ حُقُوقِه) أَيْ حُقُوق النِّكَاحِ جَوَابُ سُؤَال.

تَقْرِيرُهُ الظِّهَارُ مَبْنِيٌّ عَلى المِلكِ وَالمِلكُ مَوْقُوفٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الظِّهَارُ مَوْقُوفًا عَلى الإِجَازَة يُوقَفُ **إعْتَاقُ المُشْتَرَى منْ الغَاصِب** عَلى إجَازَة المَغْصُوبِ منْهُ البَيْعُ الصَّادرُ منْ الغَاصِب.

وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ الظِّهَارَ لَيْسَ منْ حُقُوق النِّكَاحِ وَلوَازِمِه فَلا يَلزَمُ منْ تَوَقُّف النِّكَاحِ عَلى الإِجَازَة تَوَقُّفُ الظِّهَارِ عَلَيْهَا، وَالدَّليلُ عَلى أَنَّهُ لَيْسَ منْ حُقُوقه أَنَّ النِّكَاحَ أَمْرٌ مَشْرُوعٌ، وَالظِّهَارَ لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ لأَنَّهُ مُنْكَرٌ منْ القَوْل، وَمَا لا يَكُونُ مَشْرُوعًا لا يَكُونُ منْ حُقُوق المَشْرُوعِ (بخلاف إعْتَاق المُشْتَرَى منْ الغَاصِب، لأَنَّهُ) أَيْ الإِعْتَاقَ (منْ حُقُوق المِلك) لكَوْنه مَنْهِيًّا للملك وَمُتَمِّمًا لهُ.

(وَمَن قَال لنِسَائِهِ أَنتُنَّ عَليَّ كَظَهرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهِرًا مِنهُنَّ جَمِيعًا) لأَنَّهُ أَضَافَ الظِّهَارَ إليهِنَّ فَصَارَ كَمَا إذَا أَضَافَ الطَّلاقَ (وَعَليهِ لكُل وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ) لأَنَّ الحُرمَةَ تَثبُتُ فِي حَقِّ كُل وَاحِدَةٍ وَالكَفَّارَةُ لإِنهَاءِ الحُرمَةِ فَتَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهَا، بِخِلافِ الإِيلاءِ مِنهُنَّ لأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ لصِيَانَةِ حُرمَةِ الاسمِ وَلم يَتَعَدَّد ذِكرُ الاسمِ.

الشرح:

(وَمَنْ **قَال** لنسَائه **أَنْتُنَّ عَليَّ كَظَهْرِ أُمِّي** كَانَ مُظَاهِرًا منْهُنَّ جَميعًا) وَكَلامُهُ فيه وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (بخلاف الإِيلاءِ منْهُنَّ) يَعْني أَنْ يَقُول لهُنَّ وَالله لا أَقْرَبُكُنَّ، فَإِنَّهُ إذَا لمْ يَقْرَبْهُنَّ حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ طَلُقْنَ جَميعًا، وَإِنْ قَربَ الكُل قَبْل مُضيِّ المُدَّة يَجبُ عَلَيْه كَفَّارَةٌ وَاحدَةٌ لأَنَّ الكَفَّارَةَ فيه لصيَانَة حُرْمَة الاسْمِ وَلمْ يَتَعَدَّدْ ذكْرُ الاسْمِ.

فصل في الكفارة

قَال (وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتقُ رَقَبَةٍ) فَإن لم يَجِد فَصِيَامُ شَهرَينِ مُتَتَابِعَينِ، (فَإن لم يَستَطِع فَإطعَامُ سِتِّينَ مسكِينًا) للنَّصِّ الوَارِدِ فِيهِ فَإنَّهُ يُفِيدُ الكَفَّارَةَ على هَذَا التَّرتِيبِ. قَال (وَكُلُّ ذَلكَ قَبل المَسِيسِ) وَهَذَا فِي الإعتَاقِ، وَالصَّومُ ظَاهِرٌ للتَّنصِيصِ عَليهِ، وَكَذَا فِي الإطعَامِ لأنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ مَنهِيَّةٌ للحُرمَةِ فَلا بُدَّ مِن تَقدِيمِهَا عَلى الوَطءِ ليَكُونَ الوَطءُ حَلالا قَال (وَتَجزِي فِي العِتقِ الرَّقَبَةُ الكَافِرَةُ وَالمُسلمَةُ وَالذَّكَرُ وَالأنثَى وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ) لأنَّ اسمَ الرَّقَبَةِ يَنطَلقُ عَلى هَؤُلاءِ إذ هِيَ عِبَارَةٌ عَن الذَّاتِ المَرقُوقِ المَملُوكِ مِن كُل وَجهٍ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالفُنَا فِي الكَافِرَةِ وَيَقُولُ: الكَفَّارَةُ حَقُّ اللهِ تَعَالى فَلا يَجُوزُ صَرفُهُ إلى عَدُوِّ اللهِ كَالزَّكَاةِ، وَنَحنُ نَقُولُ: المَنصُوصُ عَليهِ إعتَاقُ الرَّقَبَةِ وَقَد تَحَقَّقَ، وَقَصدُهُ مِن الإعتَاقِ التَّمَكُّنُ مِن الطَّاعَةِ ثُمَّ مُقَارَفَتُهُ المَعصِيَةَ يُحَالُ بِهِ إلى سُوءِ اختِيَارِهِ.

الشرح:

(**فَصْلٌ فِي الكَفَّارَةِ**): لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ الظِّهَارِ وَهُوَ حُرْمَةُ الوَطْءِ وَدَوَاعِيه إلى نِهَايَته ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل مَا يَنْهَى تلكَ الحُرْمَةَ وَهُوَ **الكَفَّارَةُ**. **وَسَبَبُهَا الظِّهَارُ وَالعَوْدُ** جميعًا، فَإنَّ اللهَ تَعَالى عَطَفَ العَوْدَ عَلى الظِّهَارِ فِي بَيَان سَبَب الكَفَّارَة، ثُمَّ رَتَّبَ الحُكْمَ عَلَيْهَا بِالفَاء، وَإنَّمَا كَانَ ذَلكَ وَاللهُ أعْلمُ لأنَّ الظِّهَارَ مُنْكَرٌ مِنْ القَوْل وَزُورٌ وَليْسَ فِيه جِهَةُ إبَاحَة فَلا يَصْلُحُ أنْ يَكُونَ سَبَبًا للكَفَّارَة، لأنَّ سَبَبَهَا لا بُدَّ وَأنْ يَكُونَ أمْرًا دَائرًا بَيْنَ الحَظْرِ وَالإبَاحَة عَلى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول، وَضَمَّ إلى ذَلكَ العَوْدَ عَمَّا قَال لكَوْنه بَعْضَ المُنْكَر وَهُوَ حَسَنٌ، وَمَعَ ذَلكَ فَليْسَ بِسَبَب مُسْتَقِرٍّ لَهَا حَتَّى لوْ **عَادَ بِالعَزْمِ عَلى الوَطْءِ ثُمَّ أبَانَهَا أوْ مَاتَتْ** لَمْ تَلزَمْهُ الكَفَّارَةُ، وَلوْ **عَادَ ثُمَّ بَدَا لهُ أنْ لا يَطَأَهَا** سَقَطَتْ.

فَإنْ قِيل: لوْ كَانَ للعَوْد مَدْخَلٌ فِي السَّبَبِيَّة لَمَا جَازَ أدَاءُ الكَفَّارَة بَعْدَ الظِّهَار قَبْل العَوْد حَقِيقَةً لأنَّ تَقَدُّمَ الحُكْم عَلى السَّبَب لا يَجُوزُ وَهُوَ جَائزٌ؟ فَالجَوَابُ أنَّ المُرَادَ بِالعَوْد حَقِيقَةً إنْ كَانَ الفعْل فَهُوَ ليْسَ بِسَبَب وَإنْ كَانَ هُوَ العَزْمَ فَلا نُسَلمُ جَوَازَ تَقْدِيم الكَفَّارَة عَليْه. نَعَمْ يَجبُ تَقْدِيمُ الكَفَّارَة عَلى الفعْل لأنَّهَا شُرعَتْ إنْهَاءً للحُرْمَة الثَّابتَة بِالظِّهَار، وَلا يُمْكنُ إيقَاعُ الفعْل حَلالا إلا بَعْدَ إنْهَاء الحُرْمَة بِالكَفَّارَة فَوَجَبَ التَّعْجِيلُ عَلى الفعْل ليَكُونَ الفعْلُ وَاقعًا بِصِفَة الحل بَعْدَ انْتهَاء الحُرْمَة، وَعَلى ذَلكَ يَدُلُّ النَّصُّ

المُوجِبُ للكفَّارَةِ، وَمَا فِي الكتَاب ظَاهِرٌ. وَالمُرَادُ بقَوْله (عِتْقُ رَقَبَة) إعْتَاقُ رَقَبَة، فَإنَّ العتْقَ قَدْ لا يَنُوبُ عَنْ الكَفَّارَة، ألا تَرَى أَنَّهُ لوْ وَرثَ أَبَاهُ وَنَوَى الكَفَّارَةَ لا يَخْرُجُ عَنْ عُهْدَتِهَا. وَقوْلُهُ (مِنْ كُل وَجْه) مُتَعَلقٌ بالمَرْقُوق دُونَ المَمْلُوك لأنَّ الكَمَال في الرِّقِّ شَرْطٌ دُونَ الملك وَلهَذَا لوْ **أَعْتَقَ المُكَاتَبَ الذي لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا** صَحَّ عَنْ الكَفَّارَة، وَلوْ **أَعْتَقَ المُدَبَّرَ عَنْهَا** لَمْ يَصِحَّ.

وَاعْتُرِضَ عَلى المُصَنِّف منْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَمْ يُسْمَعْ عَنْ أَئمَّة اللُّغَة رَقَّهُ حَتَّى يُشْتَقَّ منْهُ المَرْقُوقُ، وَإِنَّمَا يُقَالُ رَقَّ فُلانٌ: إذَا صَارَ رَقِيقًا: أَيْ عَبْدًا. وَأُجِيبَ عَنْهُ بأَنَّ الأَزْهَرِيَّ حَكَى عَنْ ابْنِ السِّكِّيتِ أَنَّهُ جَاءَ عَبْدٌ مَرْقُوقٌ وَكلاهُمَا ثقَةٌ.

وَالثَّاني أَنَّ تَذْكيرَ الذَّات لا يَجُوزُ، فَالصَّوَابُ ذَاتٌ مَرْقُوقَةٌ مَمْلُوكَةٌ. وَأُجِيبَ بأَنَّ الذَّاتَ تُسْتَعْمَلُ اسْتعْمَال النَّفْس وَالشَّيْء فَتَذْكيرُهُ باعْتبَار المَعْنَى الثَّاني. وَقَوْلُهُ (وَالشَّافعيُّ يُخَالفُنَا) أَيْ لا يُجَوِّزُ **إعْتَاقَ الرَّقَبَة الكَافرَة في الكَفَّارَة** (لأَنَّ الكَفَّارَةَ حَقُّ الله تَعَالى وَحَقُّ الله لا يَجُوزُ صَرْفُهُ إلى عَدُوِّ الله كَالزَّكَاة وَنَحْنُ نَقُولُ المَنْصُوصُ عَلَيْه إعْتَاقُ الرَّقَبَة وَقَدْ تَحَقَّقَ) وَقَوْلُهُ (وَقَصْدُهُ منَ الإعْتَاق التَّمَكُّنُ منَ الطَّاعَة) جَوَابٌ عَنْ قَوْله الكَفَّارَةُ حَقُّ الله تَعَالى.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ قَصْدَ المُكَفِّر بالإعْتَاق هُوَ أَنْ يَتَمَكَّنَ المُعْتَقُ منَ الطَّاعَة بخُلُوصه عَنْ خدْمَة المَوْلى (ثُمَّ مُقَارَنَتُهُ المَعْصيَةَ) أَيْ بَقَاؤُهُ عَلى مَا كَانَ عَلَيْه منَ الكُفْر (يُحَالُ به إلى سُوء) اعْتقَاده وَ (اخْتيَاره) وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: مُقَارَنَتُهُ المَعْصيَةَ يُحَالُ به إلى سُوء اخْتيَاره، لكنْ لمَ لا يَكُونُ تَصَوُّرُ ذَلكَ منْهُ مَانعًا عَنْ الصَّرْف إلَيْه كَمَا في الزَّكَاة؟ وَالجَوَابُ أَنَّ القيَاسَ جَوَازُ صَرْف الزَّكَاة إلَيْه أَيْضًا لأَنَّ فيه مُوَاسَاةَ عبَاد الله، لكنْ قَوْلُهُ ﷺ «**خُذْهَا منْ أَغْنيَائهمْ وَرُدَّهَا عَلى فُقَرَائهمْ**» أَخْرَجَهُمْ عَنْ المَصْرف.

(وَلا تُجزِئُ العَميَاءُ وَلا المَقطُوعَةُ اليَدَينِ أَو الرِّجلينِ) لأنَّ الفَائتَ جِنسُ المَنفَعَة وَهُوَ البَصَرُ أَو البَطشُ أَو المَشيُ وَهُوَ المَانعُ، أمَّا إذَا اختَلت المَنفَعَةُ فَهُوَ غَيرُ مَانعٍ، حَتَّى يُجَوِّزَ العَورَاءَ وَمَقطُوعَةَ إحدَى اليَدَينِ وَإحدَى الرِّجلينِ من خِلافٍ لأَنَّهُ مَا فَاتَ جِنسُ المَنفَعَة بَل اختَلت، بخِلافِ مَا إذَا كَانَتَا مَقطُوعَتَينِ من جَانبٍ وَاحدٍ حَيثُ لا يَجُوزُ لفَوَات

جِنسِ مَنفعَةِ المَشيِ إذ هُوَ عَليهِ مُتعَذِّرٌ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ.

وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةُ النَّوَادِرِ، لأَنَّ الفَائِتَ جِنسُ المَنفعَةِ، إلا أَنَّا استَحسَنَّا الجَوَازَ لأَنَّ أَصل المَنفعَةِ بَاقٍ، فَإِنَّهُ إذَا صِيحَ عَليهِ سَمِعَ حَتَّى لو كَانَ بِحَالٍ لا يَسمَعُ أَصلا بِأَن وُلِدَ أَصَمَّ وَهُوَ الأَخرَسُ لا يَجزِيه (وَلا يَجُوزُ مَقطُوعُ إبهَامَي اليَدَينِ) لأَنَّ قُوَّةَ البَطشِ بِهِمَا فَبِفَوَاتِهِمَا يَفُوتُ جِنسُ المَنفعَةِ (وَلا يَجُوزُ المَجنُونُ الذِي لا يَعقِلُ) لأَنَّ الانتِفَاعَ بِالجَوَارِحِ لا يَكُونُ إلا بِالعَقل فَكَانَ فَائِتَ المَنَافِعِ (وَالذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يَجزِيه) لأَنَّ الاختِلال غَيرُ مَانِعٍ، وَلا يُجزِئُ عِتقُ المُدبَّرِ وَأُمِّ الوَلدِ لاستِحقَاقِهِمَا الحُرِّيَّةَ بِجِهَةٍ فَكَانَ الرِّقُّ فِيهِمَا نَاقِصًا، وَكَذَا المُكَاتَبُ الذِي أَدَّى بَعضَ المَال لأَنَّ إعتَاقَهُ يَكُونُ بِبَدَلٍ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجزِيه لقِيَامِ الرِّقِّ مِن كُل وَجهٍ، وَلهَذَا تَقبَلُ الكِتَابَةُ الانفِسَاخَ، بِخِلافِ أُمُومِيَّةِ الوَلدِ وَالتَّدبِيرِ لأَنَّهُمَا لا يَحتَمِلانِ الانفِسَاخَ، فَإِن أَعتَقَ مُكَاتَبًا لم يُؤَدِّ شَيئًا جَازَ خِلافًا للشَّافِعِيِّ. لهُ أَنَّهُ استَحَقَّ الحُرِّيَّةَ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ فَأَشبَهَ المُدَبَّرَ. وَلنَا أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِن كُل وَجهٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَلقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " المُكَاتَبُ عَبدٌ مَا بَقِيَ عَليهِ دِرهَمٌ "[1] وَالكِتَابَةُ لا تُنَافِيه فَإِنَّهُ فَكُّ الحَجرِ بِمَنزِلةِ الإِذنِ فِي التِّجَارَةِ إلا أَنَّهُ بِعِوَضٍ فَيَلزَمُ مِن جَانِبِهِ، وَلو كَانَ مَانِعًا يَنفَسِخُ مُقتَضَى الإِعتَاقِ إذ هُوَ يَحتَمِلُهُ، إلا أَنَّهُ تَسلمُ لهُ الأَكسَابُ وَالأَولادُ لأَنَّ العِتقَ فِي حَقِّ المَحل بِجِهَةِ الكِتَابَةِ، أَو لأَنَّ الفَسخَ ضَرُورِيٌّ لا يَظهَرُ فِي حَقِّ الوَلدِ وَالكَسبِ

الشرح:

قَال (وَلا تُجْزَى العَمْيَاءُ) أَيْ لا يَجُوزُ إعْتَاقُ الرَّقَبَة العَمْيَاء ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثى، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَالضَّابِطُ فِي تَخْرِيجِ مَا يَجُوزُ بِهِ الإِعْتَاقُ عَنْ الكَفَّارَة وَمَا لا يَجُوزُ هُوَ أَنَّهُ مَتى أَعْتَقَ رَقَبَةً كَامِلةَ الرِّقِّ فِي مِلكِه مَقْرُونًا بِنِيَّة الكَفَّارَة، وَجِنْسُ مَا يُبْتَغَى بِهِ مِنْ المَنَافِعِ فِيهَا قَائِمٌ بِلا بَدَلٍ جَازَ عَنْهَا، وَإِنْ لمْ يَكُنْ كَذَلكَ لمْ يَجُزْ. فَقَوْلُهُ رَقَبَةً احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا أَعْتَقَ نِصْفَ رَقَبَةٍ فَجَامَعَهَا ثُمَّ أَعْتَقَ النِّصْفَ الآخَرَ لمْ يَجُزْ، وَإِنْ أَعْتَقَ النِّصْفَ الآخَرَ قَبْل الجِمَاعِ جَازَ. وَقَوْلُهُ كَامِلةَ الرِّقِّ احْتِرَازٌ عَنْ المُدَبَّرِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ مَقْرُونًا

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٦٢)، وانظر نصب الراية (٣/٣٥٦).

بِنِيَّةِ الكَفَّارَةِ احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا **أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَلَمْ يَنْوِ عَنْ الكَفَّارَةِ** فَإِنَّهُ لا يَقَعُ عَنْهَا، وَإِنْ نَوَى عَنْهَا بَعْدَ الإِعْتَاقِ لا يَجُوزُ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ وَجِنْسُ مَا يُبْتَغَى بِهِ مِنْ المَنَافِعِ فِيهَا قَائِمٌ احْتِرَازٌ عَنْ مَقْطُوعِ اليَدَيْنِ أَوْ الرِّجْلَيْنِ وَمَا يُمَاثِلُ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ بِلا بَدَلٍ احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا **أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى بَدَلٍ،** فَإِنَّهُ لا يَقَعُ عَنْ الكَفَّارَةِ. وَإِنَّمَا كَانَ فَوْتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ مَانِعًا لأَنَّ الشَّخْصَ يَصِيرُ فِي ذَلِكَ الجِنْسِ كَالهَالِكِ لأَنَّ قِيَامَ الشَّخْصِ بِمَنَافِعِهِ. وَقَوْلُهُ وَيَجُوزُ الأَصَمُّ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ قُوَّةَ البَطْشِ بِهِمَا) يُفِيدُ أَنَّ مَا يَزُولُ بِهِ تِلْكَ القُوَّةُ كَانَ مَانِعًا فَقَطْعُ أَكْثَرِ أَصَابِعِ كُلِّ يَدٍ كَقَطْعِ جَمِيعِهَا وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يَجْزِيهِ) يَعْنِي إذَا أَعْتَقَهُ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ (وَلا يُجْزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ) لأَنَّ المَنْصُوصَ عَلَيْهِ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُطْلَقَةٍ، وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الكَامِلِ، وَرَقَبَةُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ لَيْسَتْ بِكَامِلَةٍ (لاسْتِحْقَاقِهِمَا جِهَةَ الحُرِّيَّةِ فَكَانَ الرِّقُّ نَاقِصًا) فَإِنَّهُ إذَا ثَبَتَ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ مِنْ القُوَّةِ الحُكْمِيَّةِ زَالَ فِي مُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ مِنْ الضَّعْفِ الحُكْمِيِّ. وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ المُدَبَّرَ) اسْتِدْلالٌ بِمَا لا يَقُولُ بِهِ، فَإِنَّ **بَيْعَ المُدَبَّرِ وَإِعْتَاقَهُ عَنْ الكَفَّارَةِ** عِنْدَ الشَّافِعِيِّ جَائِزٌ فَكَانَ هَذَا احْتِجَاجًا عَلَيْنَا بِمَذْهَبِنَا. وَقَوْلُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلِهَذَا تَقْبَلُ الكِتَابَةُ الانْفِسَاخَ. وَقَوْلُهُ ﷺ «**المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ**» رَوَاهُ عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ.

وَقَوْلُهُ (وَالكِتَابَةُ لا تُنَافِيهِ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ المُكَاتَبُ رَقِيقٌ قَبْلَ الكِتَابَةِ لا مَحَالَةَ، وَلَمْ يَزُلْ رِقُّهُ بِهَا لأَنَّ الشَّيْءَ لا يَزُولُ إلا بِمُنَافِيهِ، وَالكِتَابَةُ لا تُنَافِي الرِّقَّ (فَإِنَّهُ) أَيْ عَقْدَ الكِتَابَةِ أَوْ ذَكَرَهُ بِاعْتِبَارِ الخَبَرِ (فَكُّ الحَجْرِ) إِذْ لَمْ يَمْلِكْ بِهِ المُكَاتَبُ إلا المَنَافِعَ، وَالأَكْسَابُ كَالإِعَارَةِ وَالإِجَارَةِ وَفَكُّ الحَجْرِ لا يُنَافِي مِلْكَ الرَّقَبَةِ كَالإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ الكِتَابَةُ فَكَّ الحَجْرِ بِمَنْزِلَةِ الإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ لاسْتَبَدَّ المَوْلَى بِالفَسْخِ كَمَا فِي عَزْلِ المَأْذُونِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ إلا أَنَّهُ: أَيْ عَقْدَ الكِتَابَةِ فَكُّ الحَجْرِ بِعِوَضٍ فَكَانَ لازِمًا مِنْ جَانِبِهِ: أَيْ مِنْ جَانِبِ المَوْلَى. وَقَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ مَانِعًا) جَوَابٌ بِطَرِيقِ التَّنَزُّلِ: يَعْنِي لَوْ سَلَّمْنَا أَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ مَانِعٌ عَنْ الإِعْتَاقِ عَنْ الكَفَّارَةِ، لَكِنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ عَنْ الكَفَّارَةِ (يَنْفَسِخُ) قَبْلَ

الإِعْتَاقِ (مُقْتَضَى الإِعْتَاقِ إِذْ هُوَ) أَيْ عَقْدُ الكِتَابَةِ (يَحْتَمِلُ الفَسْخَ) فَإِنْ قِيلَ: لوْ صَحَّ إِعْتَاقُهُ تَكْفِيرًا وَانْفَسَخَ عَقْدُ الكِتَابَةِ مُقْتَضَى الإِعْتَاقِ لِسَلِمَ الأَوْلادُ وَالأَكْسَابُ لِلمَوْلَى، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ المَأْذُونَ بِجِهَةِ التَّكْفِيرِ وَلهُ أَكْسَابٌ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلا أَنَّهُ يُسَلِّمُ لهُ) أَيْ لِلمُكَاتَبِ (الأَكْسَابَ وَالأَوْلادَ لأَنَّ العِتْقَ فِي حَقِّ المَحَلِ) يَعْنِي المُكَاتَبَ (بِجِهَةِ الكِتَابَةِ) وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لا يَخْرُجُ الأَكْسَابُ وَالأَوْلادُ عَنْ مِلكِهِ كَمَا لوْ عَتَقَ بِأَدَاءِ بَدَلِ الكِتَابَةِ، وَهَذَا لأَنَّ الفَسْخَ لا يَصِحُّ إِلا بِرِضَا المُكَاتَبِ وَلمْ يُوجَدْ مِنْهُ صَرِيحًا فَيُقَدَّرُ دَلالةً، وَالدَّلالةُ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا سَلِمَتْ لهُ الأَكْسَابُ وَالأَوْلادُ، فَجَعَلَ العِتْقَ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ لأَنَّهُ لا يَخْتَلِفُ لا فِي ذَاتِهِ وَلا بِاخْتِلافِ الجِهَاتِ، وَجَعَلَ الإِعْتَاقَ لِلتَّكْفِيرِ لأَنَّ المَوْلَى قَصَدَهُ، وَهُوَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الجِهَاتِ نَظَرًا لِلجَانِبَيْنِ (أَوْ لأَنَّ الفَسْخَ ثَبَتَ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الإِعْتَاقِ) فَلا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الأَوْلادِ وَالأَكْسَابِ

(وَإِن اشتَرَى أَبَاهُ أَو ابنَهُ يَنوِي بِالشِّرَاءِ الكَفَّارَةَ جَازَ عَنهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ وَعَلَى هَذَا الخِلافِ كَفَّارَةُ اليَمِينِ وَالمَسأَلةُ تَأتِيك فِي كِتَابِ الأَيمَانِ إِن شَاءَ اللهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ) وَاضِحٌ.

وَإِن أَعتَقَ نِصفَ عَبدٍ مُشتَرَكٍ وَهُوَ مُوسِرٌ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيهِ لم يَجُز عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِندَهُمَا لأَنَّهُ يَملِكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَانِ فَصَارَ مُعتِقًا كُل العَبدِ عَن الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِلكُهُ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ المُعتِقُ مُعسِرًا لأَنَّهُ وَجَبَ عَليهِ السِّعَايَةُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَيَكُونُ إِعتَاقًا بِعِوَضٍ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنتَقِصُ عَلى مِلكِهِ ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إِليهِ بِالضَّمَانِ وَمِثلُهُ يَمنَعُ الكَفَّارَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا) يَعْنِي أَنَّهُ لا يَجُوزُ عَنْ الكَفَّارَةِ بِالاتِّفَاقِ. فَإِنْ قِيلَ: يَجِبُ أَنْ يَقَعَ عَنْ الكَفَّارَةِ عِنْدَهُمَا وَإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا لأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا مَدْيُونًا بِنَاءً عَلى أَنَّ الإِعْتَاقَ عِنْدَهُمَا لا يَتَجَزَّأُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لمْ يَجُزْ لأَنَّ وُجُوبَ هَذَا الدَّيْنِ بِسَبَبِ الإِعْتَاقِ فَلا يَكُونُ العِتْقُ مَجَّانًا فَلا يَقَعُ عَنْ الكَفَّارَةِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنْتَقِصُ عَلى مِلكِهِ) لِتَعَذُّرِ اسْتِدَامَةِ المِلكِ فِيهِ (ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إِليْهِ بِالضَّمَانِ)

مَا بَقِيَ مِنْهُ فَكَانَ فِي المَعْنَى إِعْتَاقُ عَبْدٍ إلا شَيْئًا، وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الكَفَّارَةَ. فَإِنْ قِيلَ: المَضْمُونَاتُ تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ بِصِفَةِ الاسْتِنَادِ إلى زَمَانِ وُجُودِ السَّبَبِ فَصَارَ نَصِيبُ السَّاكِتِ مِلْكَ المُعْتِقِ زَمَانَ الإِعْتَاقِ وَكَانَ النُّقْصَانُ فِي مِلْكِهِ لا فِي مِلْكِ شَرِيكِهِ وَمِثْلُهُ لا يَمْنَعُ الكَفَّارَةَ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ فِيمَا يَلِيهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ المِلْكَ فِي المَضْمُونِ يَثْبُتُ بِصِفَةِ الاسْتِنَادِ فِي حَقِّ الضَّامِنِ وَالمَضْمُونِ لَهُ لا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الغَصْبِ مِنْ الزِّيَادَاتِ وَالكَفَّارَةُ غَيْرُهُمَا فَلا يَثْبُتُ المِلْكُ فِي حَقِّهَا مُسْتَنِدًا وَيَلزَمُ النُّقْصَانَ المَانِعُ.

(فَإِن أَعتَقَ نِصفَ عَبدِهِ عَن كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعتَقَ بَاقِيه عَنهَا جَازَ) لأَنَّهُ أَعتَقَهُ بِكَلامَينِ وَالنُّقصَانُ مُتَمَكِّنٌ عَلى مِلكِهِ بِسَبَبِ الإِعتَاقِ بِجِهَةِ الكَفَّارَةِ وَمِثلُهُ غَيرُ مَانِعٍ، كَمَن أَضجَعَ شَاةً للأُضحِيَّةِ فَأَصَابَ السِّكِّينُ عَينَهَا، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لأَنَّ النُّقصَانَ تَمَكَّنَ عَلى مِلكِ الشَّرِيكِ وَهَذَا عَلَى أَصل أَبِي حَنِيفَةَ. أَمَّا عِندَهُمَا فَالإِعتَاقُ لا يَتَجزَّأ، فَإِعتَاقُ النِّصفِ إِعتَاقُ الكُل فَلا يَكُونُ إِعتَاقًا بِكَلامَين.

الشرح:

(فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ جَازَ لأَنَّهُ أَعْتَقَ بِكَلامَيْنِ) فَلا مَحْظُورَ فِيهِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَمَكَّنَ فِيهِ النُّقْصَانُ لَمَا مَرَّ وَالنُّقْصَانُ مَانِعٌ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالنُّقْصَانُ مُتَمَكِّنٌ عَلَى مِلْكِهِ بِسَبَبِ الإِعْتَاقِ بِجِهَةِ الكَفَّارَةِ، فَإِنَّهُ أَعْتَقَ النِّصْفَ وَبَعْضَ النِّصْفِ الآخَرِ ثُمَّ أَعْتَقَ مَا بَقِيَ وَمِثْلُهُ غَيْرُ مَانِعٍ، كَمَنْ أَضْجَعَ شَاةً لِلأُضْحِيَّةِ فَأَصَابَ السِّكِّينُ عَيْنَهَا فَإِنَّ النُّقْصَانَ لَمَّا حَصَلَ بِفِعْلِ التَّضْحِيَةِ لَمْ يَمْنَعْ، فَكَذَلِكَ النُّقْصَانُ الحَاصِلُ بِفِعْلِ الكَفَّارَةِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لأَنَّ النُّقْصَانَ تَمَكَّنَ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ حَيْثُ لا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ النُّقْصَانُ الحَاصِلُ فِي النِّصْفِ البَاقِي مَصْرُوفًا إلى الكَفَّارَةِ لانْعِدَامِ المِلْكِ لَهُ فِي ذَلِكَ النِّصْفِ فَبَطَلَ قَدْرُ النُّقْصَانِ وَلَمْ يَقَعْ عَنْ الكَفَّارَةِ، فَإِذَا ضَمِنَ قِيمَةَ النِّصْفِ البَاقِي وَأَعْتَقَهُ فَقَدْ صُرِفَ إلى الكَفَّارَةِ وَهُوَ نَاقِصٌ وَصَارَ فِي الحَاصِلِ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا إلا قَدْرَ النُّقْصَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ جَعْلُهُ إِعْتَاقًا بِكَلامَيْنِ (عَلى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ) فِي تَجَزِّي الإِعْتَاقِ (أَمَّا عِنْدَهُمَا فَالإِعْتَاقُ لا يَتَجزَّأُ، فَإِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقٌ لِلكُل فَلا يَكُونُ إِعْتَاقًا بِكَلامَيْنِ) وَعَلَى هَذَا مَبْنَى المَسْأَلَةِ التِي تَلِيهَا وَهِيَ ظَاهِرَةٌ، إلا أَنَّهُ اُعْتُرِضَ عَلَى قَوْلِهِ

وَإِعْتَاقُ النِّصْفِ حَصَلَ بَعْدَهُ بِأَنَّ أَيَّ إِعْتَاقٍ وُجِدَ بَعْدَ هَذَا وَإِنْ كَانَ كَامِلا فَهُوَ إِعْتَاقٌ بَعْدَ الْمَسِيسِ فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَجُوزَ عَنْ الْكَفَّارَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ لأَنَّهُ إِعْتَاقُ رَقَبَةٍ كَامِلَةٍ قَبْلَ الْمَسِيسِ الثَّانِي فَصَارَ إِعْتَاقُ نِصْفِ الْعَبْدِ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، وَكَأَنَّهُ قَدْ جَامَعَ قَبْلَ الْكَفَّارَةِ فَيَجِبُ أَنْ لا يُعَاوِدَ حَتَّى يُكَفِّرَ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

(وَإِنْ **أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ** لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لأَنَّ الإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَشَرْطُ الإِعْتَاقِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْمَسِيسِ بِالنَّصِّ، وَإِعْتَاقُ النِّصْفِ حَصَلَ بَعْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا إِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الْكُلِّ فَحَصَلَ الْكُلُّ قَبْلَ الْمَسِيسِ.

(وَإِذَا لَم يَجِد الْمُظَاهِرُ مَا يَعتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَومُ شَهرَينِ مُتَتَابِعَينِ ليسَ فِيهِمَا شَهرُ رَمَضَانَ وَلا يَومُ الفِطرِ وَلا يَومُ النَّحرِ وَلا أَيَّامُ التَّشرِيقِ) أَمَّا التَّتَابُعُ فَلأَنَّهُ مَنصُوصٌ عَلَيهِ وَشَهرُ رَمَضَانَ لا يَقَعُ عَنِ الظِّهَارِ لِمَا فِيهِ مِن إِبطَالِ مَا أَوجَبَهُ اللهُ وَالصَّومُ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ مَنهِيٌّ عَنهُ فَلا يَنُوبُ عَنِ الوَاجِبِ الكَامِلِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا لَمْ يَجِدْ الْمُظَاهِرُ مَا يُعْتِقُ) إِذَا **لَمْ يَجِدْ الْمُظَاهِرُ رَقَبَةً وَلا ثَمَنَهَا** يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ صَامَ بِالأَهِلَّةِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ شَهْرٍ تِسْعَةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَإِنْ صَامَ لِغَيْرِ الأَهِلَّةِ فَأَفْطَرَ لِتَمَامِ تِسْعَةٍ وَخَمْسِينَ يَوْمًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَقْبِلَ، وَكَذَا إِنْ **أَدْخَلَ فِي صِيَامِهِ شَهْرَ رَمَضَانَ أَوْ يَوْمَ الْفِطْرِ أَوْ يَوْمَ النَّحْرِ أَوْ أَيَّامَ التَّشْرِيقِ** لِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(فَإِن جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنهَا فِي خِلالِ الشَّهرَينِ ليلا عَامِدًا أَو نَهَارًا نَاسِيًا استَأنَفَ الصَّومَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَستَأنِفُ لأَنَّهُ لا يَمنَعُ التَّتَابُعَ، إذ لا يَفسُدُ بِهِ الصَّومُ وَهُوَ الشَّرطُ، وَإِن كَانَ تَقدِيمُهُ عَلَى المَسِيسِ شَرطًا فَفِيمَا ذَهَبنَا إِليهِ تَقدِيمُ البَعضِ وَفِيمَا قُلتُم تَأخِيرُ الكُل عَنهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الشَّرطَ فِي الصَّومِ أَن يَكُونَ قَبلَ المَسِيسِ وَأَن يَكُونَ خَالِيًا عَنهُ ضَرُورَةً بِالنَّصِّ، وَهَذَا الشَّرطُ يَنعَدِمُ بِهِ فَيَستَأنِفُ (وَإِن أَفطَرَ مِنهَا يَومًا بِعُذرٍ أَو بِغَيرِ عُذرٍ استَأنَفَ) لِفَوَاتِ التَّتَابُعِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيهِ عَادَةً

الشرح:

(فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا اسْتَأْنَفَ

الصَّوْمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَسْتَأْنِفُ) وَإِنَّمَا قَيَّدَهُ بِالَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا لأَنَّهُ إِذَا جَامَعَ غَيْرَهَا فَإِنْ كَانَ وَطْئًا يُفْسِدُ الصَّوْمَ كَالجِمَاعِ بِالنَّهَارِ عَامِدًا قَطَعَ التَّتَابُعَ فَيَلزَمُهُ الاسْتِئْنَافُ بالاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُفْسِدْهُ بِأَنْ وَطِئَهَا بِالنَّهَارِ نَاسِيًا أَوْ بِاللَيْل كَيْفَمَا كَانَ لَمْ يَقْطَعْ التَّتَابُعَ فَلا يَلزَمُهُ الاسْتِئْنَافُ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ فِي جِمَاعِ التِي ظَاهَرَ مِنْهَا بِالنَّهَارِ نَاسِيًا لأَنَّهُ إِذَا جَامَعَهَا فِيهِ عَامِدًا يَسْتَأْنِفُ بِالاتِّفَاقِ، وَأَمَّا ذِكْرُ العَمْد فِيهِ فِي اللَيْل فَقَدْ وَقَعَ اتِّفَاقًا لأَنَّ العَمْدَ وَالنِّسْيَانَ فِي الوَطْءِ بِاللَيْل سَوَاءٌ، فَعُرِفَ أَنَّ الاخْتِلافَ فِي وَطْءٍ لا يُفْسِدُ الصَّوْمَ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّ هَذَا وَطْءٌ لا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ فَلا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ لأَنَّهُ لَمْ يَزَل صَائِمًا، وَهُوَ الشَّرْطُ: أَيْ السَّبَبُ المُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فِي كَوْنِ الصَّوْمِ كَفَّارَةً وَقَدْ وُجِدَ.

فَإِنْ قِيل: تَقْدِيمُ الصَّوْمِ عَلَى المَسِيسِ شَرْطٌ وَلَمْ يُوجَدْ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى المَسِيسِ شَرْطًا فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ تَقْدِيمُ البَعْضِ وَفِيمَا قُلتُمْ يَعْنِي الاسْتِئْنَافُ تَأْخِيرُ الكُل عَنْهُ وَتَأْخِيرُ البَعْضِ أَهْوَنُ مِنْ تَأْخِيرِ الكُل (وَلَهُمَا أَنَّ الشَّرْطَ فِي الصَّوْمِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْ المَسِيسِ ضَرُورَةً بِالنَّصِّ) وَهَذَا يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ النَّصَّ يَقْتَضِي شَرْطَيْنِ: كَوْنَ الصَّوْمِ قَبْلَ المَسِيسِ، وَكَوْنَ الصَّوْمِ خَالِيًا عَنْ المَسِيسِ وَالشَّرْطُ الثَّانِي مِنْ ضَرُورَةِ الأَوَّل لأَنَّ تَقْدِيمَهُ عَلَى المَسِيسِ يَسْتَلزِمُ خُلُوَّ الصَّوْمِ عَنْهُ (وَهَذَا الشَّرْطُ) أَيْ الشَّرْطُ الثَّانِي وَهُوَ الخُلُوُّ عَنْهُ (يَنْعَدِمُ بِهِ) أَيْ بِالمَسِيسِ فَيَنْعَدِمُ المَشْرُوطُ، وَيَجِبُ الاسْتِئْنَافُ، لأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ عَنْ الإِتْيَانِ قَبْل المَسِيسِ فَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الإِتْيَانِ بِهِ خَالِيًا عَنْ المَسِيسِ، وَإِلَى هَذَا يُشِيرُ كَلامُ عَامَّةِ الشَّارِحِينَ. وَالثَّانِي أَنْ يُقَال قَوْلُهُ " وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةً " تَفْسِيرُ الأَوَّل بِطَرِيقِ العَطْفِ لأَنَّ إِيقَاعَهُ قَبْل المَسِيسِ إِخْلاؤُهُ عَنْهُ بِالضَّرُورَةِ وَبِتَخَلُّل الجِمَاعِ عُدِمَ الشَّرْطُ وَصَارَ الصَّوْمُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ وَقَدْ جَامَعَ التِي ظَاهَرَ مِنْهَا قَبْل الكَفَّارَةِ. وَالحُكْمُ فِي ذَلِكَ الاسْتِغْفَارُ وَتَرْكُ العَوْدِ إِلَى الكَفَّارَةِ فَيَلزَمُهُ الاسْتِئْنَافُ، وَهَذَا أَوْلَى لاشْتِمَالِهِ عَلَى الجَوَابِ عَنْ قَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى المَسِيسِ شَرْطًا إلخ.

وَالجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ لا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ فَلا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ أَنَّ عَدَمَ الفَسَادِ فِي النِّسْيَانِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ فَلا يَتَعَدَّى إِلَى قَطْعِ التَّتَابُعِ وَفِي العَمْدِ لِعَدَمِ

القَائِل بِالفَصْل (وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا مِنْهَا بِعُذْرٍ) كَسَفَرٍ أَوْ مَرَضٍ (أَوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَ لِفَوَاتِ التَّتَابُعِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ عَادَةً) وَهَذَا احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا **أَفْطَرَتْ المَرْأَةُ فِي كَفَّارَةِ القَتْلِ أَوْ الإِفْطَارِ بِعُذْرِ الحَيْضِ** فَإِنَّهَا لا تَسْتَأْنِفُ لأَنَّهَا مَعْذُورَةٌ عَادَةً، إِذْ لا تَجِدُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لا حَيْضَ فِيهِمَا. وَلَوْ صَامَ **المُظَاهِرُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الإِعْتَاقِ فِي آخِرِ يَوْمٍ مِنْ الشَّهْرَيْنِ**، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ وَجَبَ عَلَيْهِ العِتْقُ وَصَارَ صَوْمُهُ تَطَوُّعًا لاقْتِدَارِهِ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالبَدَلِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الغُرُوبِ كَانَ الصَّوْمُ عَنْ كَفَّارَتِهِ.

(وَإِن ظَاهَرَ العَبدُ لم يَجُز فِي الكَفَّارَةِ إلا الصَّومُ) لأَنَّهُ لا مِلكَ لهُ فَلم يَكُن مِن أَهلِ التَّكفِيرِ بِالمَالِ (وَإِن أَعتَقَ المَولى أَو أَطعَمَ عَنهُ لم يَجزِهِ) لأَنَّهُ ليسَ مِن أَهلِ المِلكِ فَلا يَصِيرُ مَالكًا بِتَمليكِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ ظَاهَرَ العَبْدُ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا لم يَستَطِع المُظَاهِرُ الصِّيَامَ أَطعَمَ سِتِّينَ مِسكِينًا) لقَولهِ تَعالى ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ **[المجادلة: ٤] (وَيُطعِمُ كُل مِسكِينٍ نِصفَ صَاعٍ مِن بُرٍّ أَو صَاعًا مِن تَمرٍ أَو شَعِيرٍ أَو قِيمَةَ ذَلك) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ أَوسِ بنِ الصَّامِتِ وَسَهل بنِ صَخرٍ: «لكُل مِسكِينٍ نِصفُ صَاعٍ مِن بُرٍّ»**[1] **وَلأَنَّ المُعتَبَرَ دَفعُ حَاجَةِ اليَومِ لكُل مِسكِينٍ فَيُعتَبَرُ بِصَدَقَةِ الفِطرِ، وَقَولُهُ أَو قِيمَةَ ذَلكَ مَذهَبُنَا وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي الزَّكَاةِ**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ قِيمَةَ ذَلِكَ) أَيْ مِنْ غَيْرِ الأَعْدَادِ المَنْصُوصَةِ مُطْلَقًا، وَأَمَّا فِي الأَعْدَادِ المَنْصُوصَةِ فَلا يَجُوزُ أَدَاؤُهَا قِيمَةً إِذَا كَانَتْ أَقَل قَدْرًا مِمَّا قَدَّرَهُ الشَّرْعُ. وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ الآخَرِ أَوْ مِثْلَهُ قِيمَةً، حَتَّى لَوْ **أَدَّى نِصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ جَيِّدٍ تَبْلُغُ قِيمَتُهُ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ حِنْطَةٍ** لا يَجُوزُ، وَكَذَا لَوْ **أَدَّى أَقَل مِنْ نِصْفِ صَاعٍ حِنْطَةً تَبْلُغُ قِيمَتُهُ**

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٥٨/٣): هكذا وقع في الهداية وصوابه سلمة بن صخر، والحديث غريب.

صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ لا يَجُوزُ، إِذْ الأَصْلُ فِيهِ أَنَّ كُل جِنْسٍ هُوَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ مِنْ الطَّعَامِ لا يَكُونُ بَدَلا عَنْ جِنْسٍ آخَرَ هُوَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ فِي القِيمَة أَكْثَرَ لأَنَّهُ لا اعْتِبَارَ لِمَعْنَى النَّصِّ فِي المَنْصُوصِ عَلَيْه، وَإِنَّمَا الاعْتِبَارُ لهُ فِي غَيْرِه وَقَوْلُهُ (فِي حَدِيث أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ) هُوَ أَخُو عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِت، وَأَوْسٌ هُوَ زَوْجُ خَوْلةَ بِنْت ثَعْلبَةَ، وَهِيَ المُجَادلةُ التِي نَزَلتْ فِيهَا آيَةُ الظِّهَارِ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَأَمَّا سَهْلُ بْنُ صَخْرٍ فَقَدْ قِيل فِيه نَظَرٌ لأَنَّ المَذْكُورَ فِي كُتُبِ الحَدِيث سَلمَةُ بْنُ صَخْرٍ وَكَذَا فِي المَبْسُوط، وَذَكَرَ فِي المُغْرِب سَلمَةَ بْنَ صَخْرٍ البَيَاضِيَّ، وَمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ مُوَافِقٌ لمَا أَوْرَدَهُ الإِمَامُ المُسْتَغْفِرِيُّ فِي مَعْرِفَة الصَّحَابَة قَال: سُهَيْلُ بْنُ صَخْرٍ الليْثِيُّ. وَقَوْلُهُ فَيُعْتَبَرُ بِصَدَقَة الفِطْرِ) يَعْنِي فِي المِقْدَار، وَلكِنْ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ مِنْ وَجْه آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ التَّفْرِيقَ هَاهُنَا بِأَنْ يُعْطِيَ فَقِيرًا مَنًّا مِنْ حِنْطَة وَمَنًّا آخَرَ فَقِيرًا آخَرَ لا يَجُوزُ، لأَنَّ الوَاجِبَ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا فَكَانَ العَدَدُ مُعْتَبَرًا كَالمِقْدَارِ، وَمَتَى فَرَّقَ لمْ يُوجَدْ الإِطْعَامُ المُعْتَادُ للمَسَاكِين، وَأَمَّا فِي صَدَقَة الفِطْرِ فَالمُعْتَبَرُ فِيهَا القَدْرُ دُونَ العَدَدِ لكَوْنِهِ مَسْكُوتًا عَنْهُ فَيَكُونُ التَّفْرِيقُ جَائِزًا. وَقَوْلُهُ (أَوْ قِيمَةَ ذَلكَ) ظَاهِرٌ.

(فَإِن أَعطَى مَنًّا مِن بُرٍّ وَمَنَوَينِ مِن تَمرٍ أَو شَعِيرٍ جَازَ) لحُصُول المَقصُودِ إذ الجِنسُ مُتَّحِدٌ (وَإِن أَمَرَ غَيرَهُ أَن يُطعِمَ عَنهُ مِن ظِهَارِهِ فَفَعَل أَجزَأَهُ) لأَنَّهُ استِقرَاضٌ مَعنًى وَالفَقِيرُ قَابِضٌ لهُ أَوَّلا ثُمَّ لنَفسِهِ فَتَحَقَّقَ تَمَلُّكُهُ ثُمَّ تَمليكُهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِحُصُول المَقْصُودِ إذ الجِنسُ مُتَّحِدٌ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الإِطْعَامُ وَسَدُّ الجَوْعَة لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ البُرِّ وَالتَّمْرِ وَالشَّعِيرِ الإِطْعَامُ فَيَجُوزُ تَكْمِيلُ أَحَدهمَا بِالآخَرِ، وَأَمَّا إذَا اخْتَلفَ الجِنسُ كَمَا إذَا **أَطْعَمَ خَمْسَةَ مَسَاكِينَ فِي كَفَّارَة اليَمِين بِطَرِيقِ الإِبَاحَة وَكَسَا خَمْسَةَ مَسَاكِينَ وَالكِسْوَةُ أَرْخَصُ مِنْ الطَّعَامِ** لمْ يُجزِهُ لمَا أَنَّ المَقْصُودَ بِالكِسْوَة غَيْرُ المَقْصُودِ بِالإِطْعَامِ، أَلا تَرَى أَنَّ الإِبَاحَةَ فِي أَحَدِهِمَا تَجُوزُ دُونَ الآخَرِ.

وَاسْتَشْكَل بِمَا إذَا **أَعْتَقَ نِصْفَ رَقَبَتَيْنِ** بِأَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكه عَبْدَان فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُمَا عَنْ الكَفَّارَة لا يَجُوزُ عَنْهَا وَإِنْ اتَّحَدَ الجِنسُ مِنْ حَيْثُ الإِعْتَاقُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لا يَجُوزُ لأَنَّ نِصْفَ الرَّقَبَتَيْنِ لَيْسَ بِرَقَبَة كَامِلة، وَالشَّرِكَةُ فِي كُل رَقَبَة تَمْنَعُ

التَّكْفِيرَ بِهَا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ مِنْ ظِهَارِهِ) ظَاهِرٌ.

(فَإِن غَدَّاهُم وَعَشَّاهُم جَازَ قليلا كَانَ مَا أَكَلُوا أَو كَثِيرًا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يُجزِئُهُ إلا التَّمليكُ اعتِبَارًا بِالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الفِطرِ، وَهَذَا لأَنَّ التَّمليكَ أَدفَعُ للحَاجَةِ فَلا يَنُوبُ مَنَابَهُ الإِبَاحَةُ. وَلَنَا أَنَّ المَنصُوصَ عَليهِ هُوَ الإطعَامُ وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمكِينِ مِن الطُّعمِ وَفِي الإِبَاحَةِ ذَلكَ كَمَا فِي التَّمليكِ، أَمَّا الوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ الإِيتَاءُ وَفِي صَدَقَةِ الفِطرِ الأَدَاءُ وَهُمَا للتَّمليكِ حَقِيقَةً (وَلو كَانَ فِيمَن عَشَّاهُم صَبِيٌّ فَطِيمٌ لا يُجزِئُهُ) لأَنَّهُ لا يَستَوفِي كَامِلا، وَلا بُدَّ مِن الإِدَامِ فِي خُبزِ الشَّعِيرِ ليُمكِنَهُ الاستِيفَاءُ إلى الشِّبَعِ، وَفِي خُبزِ الحِنطَةِ لا يُشتَرَطُ الإِدَامُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ) بِكَلِمَةِ الوَاوِ لا بِأَوْ لأَنَّ التَّغْذِيَةَ وَحْدَهَا أَوْ التَّعْشِيَةَ وَحْدَهَا لا تُجْزِئُ. قَالَ فِي المَبْسُوطِ: **المُعْتَبَرُ فِي التَّمْكِينِ أَكْلَتَانِ مُشْبِعَتَانِ**، إمَّا الغَدَاءُ وَالعَشَاءُ، وَإِمَّا غَدَاءَانِ أَوْ عَشَاءَانِ لِكُلِّ مِسْكِينٍ، فَإِنَّ المُعْتَبَرَ حَاجَةُ اليَوْمِ وَذَلِكَ بِالغَدَاءِ وَالعَشَاءِ. وَفِي المُجَرَّدِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: إذَا غَدَّى سِتِّينَ وَعَشَّى سِتِّينَ آخَرِينَ لا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (قَلِيلا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) يَعْنِي أَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ الشِّبَعُ لا المِقْدَارُ.

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمْ شَبْعَانَ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَال بِجَوَازِهِ لأَنَّهُ وُجِدَ إطْعَامُ العَدَدِ المُعَيَّنِ وَقَدْ شَبِعُوا، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال لا يَجُوزُ لأَنَّ المَأْخُوذَ عَلَيْهِ إشْبَاعُ السِّتِّينَ وَهُوَ مَا أَشْبَعَهُمْ. وَقَوْلُهُ وَقَال الشَّافِعِيُّ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ وَهُوَ لا يُجَوِّزُ فِي الكَفَّارَةِ إلا التَّمْلِيكَ قِيَاسًا عَلَى الزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الفِطْرِ (وَهَذَا) أَيْ عَدَمُ جَوَازِ الإِبَاحَةِ (لأَنَّ التَّمْلِيكَ أَدْفَعُ لِلحَاجَةِ فَلا يَنُوبُ مَنَابَهُ الإِبَاحَةُ. وَلَنَا أَنَّ المَنْصُوصَ عَلَيْهِ هُوَ الإِطْعَامُ، وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمْكِينِ مِنْ الطُّعْمِ) لأَنَّهُ جَعَلَ الغَيْرَ طَاعِمًا (وَفِي إبَاحَةِ ذَلِكَ) أَيْ التَّمْكِينِ (كَمَا فِي التَّمْلِيكِ) فَيَتَأَدَّى الوَاجِبُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَمَّا بِالتَّمْكِينِ فَلِمُرَاعَاةِ عَيْنِ النَّصِّ، وَأَمَّا بِالتَّمْلِيكِ فَلاشْتِمَالِهِ عَلَى المَنْصُوصِ عَلَيْهِ لأَنَّهُ إذَا مَلَكَ مِنْهُ فَإِمَّا أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يَصْرِفَهُ إلَى حَاجَةٍ أُخْرَى فَلِذَلِكَ يُقَامُ التَّمْلِيكُ مَقَامَ المَنْصُوصِ عَلَيْهِ، أَمَّا الوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ فَهُوَ الإِيتَاءُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ وَفِي صَدَقَةِ الفِطْرِ الأَدَاءُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أَدُّوا عَمَّنْ تَمُونُونَ**» وَهُمَا لِلتَّمْلِيكِ حَقِيقَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَو

كَانَ فِيمَنْ عَشَّاهُمْ صَبِيٌّ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن أَطعَمَ مِسكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَومًا أَجزَأَهُ، وَإِن أَعطَاهُ فِي يَومٍ وَاحِدٍ لم يَجزِهِ إلا عَن يَومِهِ) لأنَّ المَقصُودَ سَدُّ خَلةِ المُحتَاجِ وَالحَاجَةُ تَتَجَدَّدُ فِي كُل يَومٍ، فَالدَّفعُ إليهِ فِي اليَومِ الثَّانِي كَالدَّفعِ إلى غَيرِهِ، وَهَذَا فِي الإبَاحَةِ مِن غَيرِ خِلافٍ. وَأَمَّا التَّمليكُ مِن مِسكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَومٍ وَاحِدٍ بِدفعَاتٍ، فَقَد قِيل لا يُجزِئُهُ، وَقَد قِيل يُجزِئُهُ لأنَّ الحَاجَةَ إلى التَّمليكِ تَتَجَدَّدُ فِي يَومٍ وَاحِدٍ، بِخِلافِ مَا إذَا دَفَعَ بِدفعَةٍ وَاحِدَةٍ، لأنَّ التَّفرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ لَمْ يُجزِهُ إلا عَنْ يَوْمِه: يَعْنِي إذَا **دَفَعَ لِمِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ سِتِّينَ مَرَّةً بِطَرِيقِ الإِبَاحَةِ** فَلا خِلافَ لأَحَدٍ فِي عَدَمِ جَوَازِهِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ بِطَرِيقِ التَّمْلِيكِ فَقَدْ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ فَقَال بَعْضُهُمْ: لا يَجُوزُ لأَنَّ المَقْصُودَ سَدُّ الخَلةِ. وَلِهَذَا لا يَجُوزُ الصَّرْفُ إلى الغَنِيِّ، وَبَعْدَمَا اسْتَوْفَى وَظِيفَةَ اليَوْمِ لا حَاجَةَ لهُ إلى سَدِّ الخَلةِ بِصَرْفِ وَظِيفَةٍ أُخْرَى إليْهِ، بِخِلافِ كَفَّارَةٍ أُخْرَى لأَنَّ المُسْتَوْفِيَ فِي حُكْمِ تِلكَ الكَفَّارَةِ كَالمَعْدُومِ، وَلا يُمْكِنُ أَنْ يَجْعَل مِثْلهُ فِي هَذِهِ الكَفَّارَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ بِأَتَمَّ مِنْ هَذَا (وَقَدْ قِيل يَجْزِيهِ لأَنَّ الحَاجَةَ إلى التَّمْلِيكِ كَثِيرَةٌ تَتَجَدَّدُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ) فَإِذَا فَرَّقَ بِدَفَعَاتٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ جَازَ كَمَا فِي الأَيَّامِ، بِخِلافِ حَاجَةِ الإِبَاحَةِ بِالإِطْعَامِ فَإِنَّهُ إذَا اسْتَوْفَى حَاجَتَهُ فِي يَوْمٍ تَنْتَهِي حَاجَتُهُ إلى الطَّعَامِ وَلا تَتَجَدَّدُ إلا بِتَجَدُّدِ الأَيَّامِ، وَ (بِخِلافِ مَا إذَا دَفَعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً لأَنَّ التَّفْرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [المجادلة: ٤] وَلَمْ يُوجَدْ لا حَقِيقَةً وَلا تَقْدِيرًا فَلا يَجُوزُ كَالحَاجِّ إذَا رَمَى الحَصَيَاتِ السَّبْعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً.

(وَإِن قَرُبَ التِي ظَاهَرَ مِنهَا فِي خِلالِ الإِطعَامِ لم يَستَأنِف) لأَنَّهُ تَعَالى مَا شَرَطَ فِي الإِطعَامِ أَن يَكُونَ قَبل المَسِيسِ، إلا أَنَّهُ يُمنَعُ مِن المَسِيسِ قَبلهُ لأَنَّهُ رُبَّمَا يَقدِرُ عَلى الإِعتَاقِ أَو الصَّومِ فَيَقَعَانِ بَعدَ المَسِيسِ، وَالمَنعُ لِمَعنًى فِي غَيرِهِ لا يَعدَمُ المَشرُوعِيَّةَ فِي نَفسِهِ.

الشرح:

قوله (وَالمَنْعُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ) يَعْنِي تَوَهُّمَ القُدْرَةِ عَلى الإِعْتَاقِ لا يَعْدَمُ المَشْرُوعِيَّةَ

فِي نَفْسِهِ كَالبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ وَالصَّلاةِ فِي الأَوْقَاتِ المَكْرُوهَةِ.

(وَإِذَا أَطعَمَ عَن ظِهَارَينِ سِتِّينَ مِسكِينًا كُل مِسكِينٍ صَاعًا مِن بُرٍّ لم يَجزِهِ إلا عَن وَاحِدٍ مِنهُمَا عِندَ أَبِي حَنِيفَة وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ يُجزِئُهُ عَنهُمَا، وَإِن أَطعَمَ ذَلكَ عَن إفطَارٍ وَظِهَارٍ أَجزَأَهُ عَنهُمَا) لهُ أَنَّ بِالمُؤَدَّى وَفَاءً بِهِمَا وَالمَصرُوفُ إليهِ مَحِلٌّ لهُمَا فَيَقَعُ عَنهُمَا كَمَا لو اختَلفَ السَّبَبُ أَو فَرَّقَ فِي الدَّفعِ.

وَلهُمَا أَنَّ النِّيَّة فِي الجِنسِ الوَاحِدِ لغوٌ وَفِي الجِنسَينِ مُعتَبَرَةٌ، وَإِذَا لغَت النِّيَّة وَالمُؤَدَّى يَصلُحُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً لأَنَّ نِصفَ الصَّاعِ أَدنَى المَقَادِيرِ فَيَمنَعُ النُّقصَانَ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ عَنهُمَا كَمَا إذَا نَوَى أَصل الكَفَّارَةِ بِخِلافِ مَا إذَا فَرَّقَ فِي الدَّفعِ لأَنَّهُ فِي الدَّفعَة الثَّانِيَة فِي حُكمِ مِسكِينٍ آخَرَ

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَطْعَمَ عَنْ ظِهَارَيْنِ) وَإِذَا أَطْعَمَ المُظَاهِرُ عَنْ ظِهَارَيْنِ (سِتِّينَ مِسْكِينًا كُل مِسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ لَمْ يُجْزِهِ إلا عَنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يُجْزِئُهُ عَنْهُمَا، وَإِنْ أَطْعَمَ ذَلكَ عَنْ إفْطَارٍ وَظِهَارٍ أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا) اتِّفَاقًا (لهُ أَنَّ بِالمُؤَدَّى وَفَاءً بِهِمَا) إذْ الوَاجِبُ عَنْ كُل ظِهَارٍ لِكُل مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ فَفِي الصَّاعِ وَفَاءٌ بِهِمَا لا مَحَالةَ (وَالمَصْرُوفُ إليْهِ مَحَلٌّ لهُمَا) لأَنَّ الفَقِيرَ لا يَخْرُجُ بِأَخْذِ أَحَدِ الحَقَّيْنِ عَنْ كَوْنِهِ مَصْرِفًا لبَقَاءِ الخَلةِ وَالنِّيَّةُ مُعَيِّنَةٌ (فَيَقَعُ عَنْهُمَا كَمَا لوْ اخْتَلفَ السَّبَبُ) يَعْنِي أَطْعَمَ ذَلكَ عَنْ إفْطَارٍ وَظِهَارٍ (أَوْ فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ. وَلهُمَا أَنَّ النِّيَّةَ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ لغْوٌ) لأَنَّ النِّيَّةَ للتَّمْيِيزِ بَيْنَ الأَجْنَاسِ المُخْتَلفَةِ وَالفَرْضُ عَدَمُهَا فَلغَتْ النِّيَّةُ (وَإِذَا لغَتْ وَالمُؤَدَّى يَصْلُحُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً لأَنَّ نِصفَ الصَّاعِ أَدْنَى المَقَادِيرِ، وَالمَقَادِيرُ تَمْنَعُ النُّقْصَانَ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ عَنْهَا، كَمَا إذَا نَوَى أَصْل الكَفَّارَةِ) فَإِنَّهُ يَقَعُ عَنْ إحْدَاهُمَا بِالاتِّفَاقِ (بِخِلافِ مَا إذَا فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ لأَنَّهُ فِي الدَّفْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حُكْمِ مِسْكِينٍ آخَرَ) وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ كُل ظِهَارٍ وَجَبَ لسَبَبٍ عَلى حِدَةٍ وَكَانَا بِمَنْزِلةِ جِنْسَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ عَنْهُمَا.

وَالثَّانِي أَنَّهُ لوْ أَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ أَحَدِ الظِّهَارَيْنِ بِعَيْنِهِ صَحَّ نِيَّةُ التَّعْيِينِ وَلمْ تَلغُ وَإِنْ

كَانَ الجِنْسُ وَاحِدًا وَلِهَذَا حَل وَطْءُ التِي عَيَّنَهَا. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ النِّيَّةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي الجِنْسَيْنِ لا فِيمَا كَانَ بِمَنْزِلَة الجِنْسَيْنِ وَهُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ إعْتَاقَ الرَّقَبَة يَصْلُحُ كَفَّارَةً عَنْ أَحَدِ الظِّهَارَيْنِ قَدْرًا وَمَحَلًّا فَصَحَّتْ نِيَّتُهُ.

فَأَمَّا إطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُل مِسْكِينٍ صَاعًا. فَإِنْ صَلُحَ عَنْ الظِّهَارَيْنِ قَدْرًا لَمْ يَصْلُحْ لَهُمَا مَحَلًّا لأَنَّ مَحَلهُمَا مِائَةٌ وَعِشْرُونَ مِسْكِينًا عِنْدَ عَدَمِ التَّفْرِيق، فَإِذَا زَادَ فِي الوَظِيفَةِ وَنَقَصَ عَنْ المَحَل وَجَبَ أَنْ يَعْتَبِرَ قَدْرَ المَحَل احْتِيَاطًا، كَمَا لوْ أَعْطَى ثَلاثِينَ مِسْكِينًا كُل وَاحِدٍ صَاعًا.

(وَمَن وَجَبَت عَليهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ فَأَعتَقَ رَقَبَتَينِ لا يَنوِي عَن إحدَاهُمَا بِعَينِهَا جَازَ عَنهُمَا، وَكَذَا إذَا صَامَ أَربَعَةَ أَشهُرٍ أَو أَطعَمَ مِائَةً وَعِشرِينَ مِسكِينًا جَازَ) لأَنَّ الجِنسَ مُتَّحِدٌ فَلا حَاجَةَ إلى نِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ (وَإِن أَعتَقَ عَنهُمَا رَقَبَةً وَاحِدَةً أَو صَامَ شَهرَينِ كَانَ لَهُ أَن يَجعَل ذَلكَ عَن أَيِّهِمَا شَاءَ، وَإِن أَعتَقَ عَن ظِهَارٍ وَقَتلٍ لم يَجزِ عَن وَاحِدٍ مِنهُمَا).

وَقَال زُفَرُ: لا يَجزِيه عَن أَحَدِهِمَا فِي الفَصلينِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَن يَجعَل ذَلكَ عَن أَحَدِهِمَا فِي الفَصلينِ لأَنَّ الكَفَّارَاتِ كُلهَا بِاعتِبَارِ اتِّحَادِ المَقصُودِ جِنسٌ وَاحِدٌ. وَجهُ قَول زُفَرَ أَنَّهُ أَعتَقَ عَن كُل ظِهَارٍ نِصفَ العَبدِ، وَليسَ لهُ أَن يَجعَل عَن أَحَدِهِمَا بَعدَمَا أَعتَقَ عَنهُمَا لخُرُوجِ الأَمرِ مِن يَدِهِ. وَلنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعيِينِ فِي الجِنسِ المُتَّحِدِ غَيرُ مُفِيدٍ فَتَلغُو، وَفِي الجِنسِ المُختَلفِ مُفِيدَةٌ، وَاختِلافُ الجِنسِ فِي الحُكمِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاختِلافِ السَّبَبِ. نَظِيرُ الأَوَّل إذَا صَامَ يَومًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَن يَومَينِ يَجزِيه عَن قَضَاءِ يَومٍ وَاحِدٍ. وَنَظِيرُ الثَّانِي إذَا كَانَ عَليهِ صَومُ القَضَاءِ وَالنَّذرِ فَإِنَّهُ لا بُدَّ فِيهِ مِن التَّميِيزِ، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْه كَفَّارَتَا ظِهَارٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَانَ لهُ أَنْ يَجْعَل ذَلكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ) جَوَابُ الاسْتِحْسَان وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لخُرُوجِ الأَمْرِ مِنْ يَدِه (وَإِنْ أَعْتَقَ عَنْ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ لَمْ يَجُزْ عَنْ وَاحِد مِنْهُمَا.

وَقَال زُفَرُ: لا يُجْزِيه عَنْ أَحَدِهمَا فِي الفَصْلَيْن) يَعْنِي فِي مُتَّحِد الجِنْسِ وَمُخْتَلفه (وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُ أَنْ يَجْعَل عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ فِي الفَصْليْنِ لأَنَّ الكَفَّارَات بِاعْتِبَارِ اتِّحَاد

الْمَقْصُودِ) وَهُوَ السَّتْرُ (جِنْسٌ وَاحِدٌ) وَالنِّيَّةُ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَبَقِيَ نِيَّةُ أَصْلِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى أَصْلَ الكَفَّارَةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ فَكَذَا هَذَا (وَوَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ ظِهَارٍ نِصْفَ العَبْدِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ عَنْ أَحَدِهِمَا لِخُرُوجِ الأَمْرِ مِنْ يَدِهِ. وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الجِنْسِ الْمُتَّحِدِ لَغْوٌ) قِيلَ مَعْنَاهُ نَوَى التَّوْزِيعَ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ وَكَانَ لَغْوًا، وَإِذَا لَغَتْ صَارَ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ رَقَبَةً عَنْ الظِّهَارَيْنِ وَلَمْ يَنْوِ عَنْهُمَا، وَذَلِكَ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَتْ الكَفَّارَتَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لأَنَّهُ نَوَى التَّوْزِيعَ فِي الجِنْسِ الْمُخْتَلِفِ وَكَانَتْ مُعْتَبَرَةً فَلا يَكُونُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ اخْتِلافَ الجِنْسِ. فَإِنَّ الحُكْمَ وَهُوَ الكَفَّارَةُ بِالإِعْتَاقِ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَاحِدٌ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَاخْتِلافُ الجِنْسِ فِي الحُكْمِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاخْتِلافِ السَّبَبِ) فَإِنَّ القَتْلَ يُخَالِفُ الظِّهَارَ لا مَحَالَةَ، وَاخْتِلافُ السَّبَبِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلافِ الحُكْمِ لأَنَّ الحُكْمَ مَلْزُومُ السَّبَبِ، وَاخْتِلافُ اللوَازِمِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلافِ الْمَلْزُومَاتِ.

وَلَمَّا اخْتَلَفَ الجِنْسُ صَحَّتْ النِّيَّةُ فَكَانَ إِعْتَاقَ رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فَيَكُونُ لِكُلٍّ مِنْهُمَا نِصْفُ الرَّقَبَةِ فَلا يَجُوزُ، ثُمَّ نَظَرَ الْمُصَنِّفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الجِنْسَيْنِ الْمُتَّحِدِ وَالْمُخْتَلِفِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ فَقَالَ (نَظِيرُ الأَوَّلِ) يَعْنِي الجِنْسَ الْمُتَّحِدَ (إِذَا صَامَ يَوْمًا قَضَاءَ رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ يَجْزِيهِ عَنْ قَضَاءِ يَوْمٍ وَاحِدٍ) بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ إِلغَاءِ نِيَّةِ التَّوْزِيعِ وَبَقَاءِ أَصْلِ النِّيَّةِ إِذْ الجِنْسُ مُتَّحِدٌ (وَنَظِيرُ الثَّانِي) يَعْنِي الجِنْسَ الْمُخْتَلِفَ (**إِذَا كَانَ عَلَيْهِ صَوْمُ القَضَاءِ وَالنَّذْرِ فَإِنَّهُ لا بُدَّ فِيهِ مِنْ التَّمْيِيزِ**) فَإِنْ نَوَى مِنْ اللَّيْلِ أَنْ يَصُومَ غَدًا عَنْهُمَا كَانَتْ النِّيَّةُ مُعْتَبَرَةً وَلا يَصِيرُ صَائِمًا إِذْ الجِنْسُ مُخْتَلِفٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَى هَذَا بِمَا إِذَا نَوَى عَنْ قَضَاءِ ظُهْرَيْنِ عَلَيْهِ فَإِنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ وَتَعْيِينُ النِّيَّةِ لا بُدَّ مِنْهُ وَإِلا لا يَقَعُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ اتِّحَادَ الجِنْسِ لأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الخِطَابِ وَالسَّبَبِ، فَإِنَّ لِكُلٍّ مِنْهُمَا سَبَبًا وَخِطَابًا عَلَى حِدَةٍ، بِخِلافِ الصَّوْمِ فَإِنَّ الجَمِيعَ ثَابِتٌ بِخِطَابِ فَلْيَصُمْهُ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ إِلخ.

بَابُ اللعَانِ

قَال (إذَا قَذَفَ الرَّجلُ امرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِن أَهل الشَّهَادَةِ وَالمرَأةُ مِمَّن يُحَدُّ قَاذِفُهَا أَو نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتهُ بِمُوجِبِ القَذفِ فَعَلَيهِ اللعَانُ) وَالأَصلُ أَنَّ اللعَانَ عِندَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالأَيمَانِ مَقرُونَةٌ بِاللعنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ القَذفِ فِي حَقِّهِ وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا لقَولِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ [النور: ٦] وَالاستِثنَاءُ إنَّمَا يَكُونُ مِن الجِنسِ، وَقَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ ﴾ [النور: ٦] نَصٌّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَاليَمِينِ فَقُلنَا الرُّكنُ هُوَ الشَّهَادَةُ المُؤَكَّدَةُ بِاليَمِينِ، ثُمَّ قَرَنَ الرُّكنَ فِي جَانِبِهِ بِاللعنِ لو كَانَ كَاذِبًا وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ القَذفِ وَفِي جَانِبِهَا بِالغَضَبِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا، إذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ لا بُدَّ أَن يَكُونَا مِن أَهل الشَّهَادَةِ لأَنَّ الرُّكنَ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَلا بُدَّ أَن تَكُونَ هِيَ مِمَّن يُحَدُّ قَاذِفُهَا لأَنَّهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ القَذفِ فَلا بُدَّ مِن إحصَانِهَا، وَيَجِبُ بِنَفيِ الوَلَدِ لأَنَّهُ لَمَّا نَفَى وَلَدَهَا صَارَ قَاذِفًا لهَا ظَاهِرًا وَلا يُعتَبَرُ احتِمَالُ أَن يَكُونَ الوَلَدُ مِن غَيرِهِ بِالوَطءِ مِن شُبهَةٍ، كَمَا إذَا نَفَى أَجنَبِيٌّ نَسَبَهُ عَن أَبِيهِ المَعرُوفِ، وَهَذَا لأَنَّ الأَصل فِي النَّسَبِ الفِرَاشُ الصَّحِيحُ وَالفَاسِدُ مُلحَقٌ بِهِ. فَنَفيُهُ عَن الفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذفٌ حَتَّى يَظهَرَ المُلحَقُ بِهِ

الشرح:

(**بَابُ اللعَانِ**): قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ الْمُنَاسَبَةِ فِي أَوَّلِ الظِّهَارِ. وَاللعَانُ فِي اللُّغَةِ: الطَّرْدُ وَالإِبْعَادُ، يُقَالُ لاعَنَهُ مُلاعَنَةً وَلعَانًا، ثُمَّ لُقِّبَ البَابُ باللعَانِ دُونَ الغَضَبِ وَإِنْ كَانَ فيه الغَضَبُ أَيْضًا لأَنَّ اللعْنَ مِنْ جَانِبِ الرَّجُلِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ، وَفِي الشَّرِيعَةِ شَهَادَاتٌ تَجْرِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مَقْرُونَةٌ باللعْنِ وَالغضَبِ، **وَسَبَبُهُ** قَذْفُ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ قَذْفًا يُوجِبُ الحَدَّ فِي الأَجْنَبِيَّةِ، **وَشَرْطُهُ** النِّكَاحُ حَتَّى لوْ طَلقَهَا **بَعْدَ القَذْفِ** لا يَجْرِي اللعَانُ بَيْنَهُمَا.

وَرُكْنُهُ الشَّهَادَاتُ المَخْصُوصَةُ التِي تَجْرِي بِكَلمَاتِ مَعْرُوفَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ. **وَحُكْمُهُ** حُرْمَةُ الوَطْءِ وَالاسْتِمْتَاعِ كَمَا فَرَغَا مِنْ اللعَانِ. قَال (وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ) أَيْ مِنْ أَهْلِ أَدَائِهَا وَلِهَذَا لا يُجْرَى **بَيْنَ المَمْلُوكَيْنِ** (وَالمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا) حَتَّى لوْ لَمْ تَكُنْ مِنْ ذَلكَ بِأَنْ **تَزَوَّجَتْ بنِكَاحٍ فَاسِدٍ وَدَخَلَ بِهَا أَوْ كَانَ لهَا وَلَدٌ مَجْهُولُ النَّسَبِ** لا يَجْرِي بَيْنَهُمَا (أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتْهُ بِمُوجِبِ

القَذْف فَعَلَيْه اللعَانُ).

فَإِنْ قِيل: **اللعَانُ يَجْرِي بَيْنَ الأَعْمَيَيْنِ وَالفَاسِقَيْنِ** وَلَيْسَا مِنْ أَهْل الشَّهَادَة وَتَخْصِيصُ المَرْأَة بكَوْنهَا ممَّنْ يُحَدُّ قَاذفُهَا غَيْرُ مُفيد لكَوْنه شَرْطًا فِي جَانب الرَّجُل أَيْضًا حَتَّى لوْ كَانَ ممَّنْ لا يُحَدُّ قَاذفُهُ لا يَجْرِي وَإِنْ كَانَتْ ممَّنْ يُحَدُّ قَاذفُهَا أُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّهُمَا منْ أَهْل الشَّهَادَة لوْ حَكَمَ الحَاكمُ بشَهَادَتهمْ جَازَ، كَذَا فِي شَرْح الطَّحَاوِيِّ وَالجَامع الصَّغير لقَاضِي خَانْ. وَعَنْ الثَّانِي بأَنَّهُ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهَا ممَّنْ يُحَدُّ قَاذفُهَا لئَلا يَخْلُوَ القَذْفُ عَنْ إيجَاب حُكْم، فَإِنَّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ كَذَلكَ لَمْ يَلزَمْ الرَّجُل حَدٌّ وَلا لعَانٌ لأَنَّ اللعَانَ قَائمٌ فِي حَقِّه مَقَامَ حَدِّ القَذْف وَهُوَ يَقْتَضِي إحْصَانَهَا، بخلاف مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الرَّجُلُ ممَّنْ يُحَدُّ قَاذفُهُ وَقَذَفَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ حَدَّ القَذْف، فَلَمْ يَخْلُ القَذْفُ عَنْ إيجَاب حُكْم.

وَقَوْلُهُ (وَالأَصْلُ) اعْلَمْ أَنَّ **مُوجَبَ قَذْف الرَّجُل زَوْجَتَهُ** كَانَ حَدَّ القَذْف فِي الابْتدَاء كَمَا فِي الأَجْنَبيَّة لعُمُوم قَوْله تَعَالَى ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَلمَا رُوِيَ عَنْ «ابْنِ مَسْعُود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَال: كُنَّا جُلُوسًا فِي المَسْجد لَيْلَة الجُمُعَة إذْ دَخَل أَنْصَاريٌّ فَقَال: يَا رَسُول الله أَرَأَيْتُمْ الرَّجُل يَجدُ مَعَ امْرَأَته رَجُلا، فَإِنْ قَتَل قَتَلتُمُوهُ وَإِنْ تَكَلمَ جَلدْتُمُوهُ وَإِنْ سَكَتَ سَكَتَ عَلى غَيْظ، ثُمَّ قَال: **اللهُمَّ افْتَحْ**، فَنَزَلتْ آيَةُ اللعَان وَلأَنَّهُ ﷺ قَال لهلال بْنِ أُمَيَّةَ حينَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ بشَرِيك بْنِ سَحْمَاءَ: **ائْت بأَرْبَعَة منْ الشُّهَدَاء يَشْهَدُونَ عَلى صدْق مَقَالتك وَإِلا تُجْلدُ عَلى ظَهْرك** فَقَال الصَّحَابَةُ: الآنَ يُجْلدُ هلالُ بْنُ أُمَيَّةَ فَتَبْطُلُ شَهَادَتُهُ فِي المُسْلمينَ»، فَثَبَتَ أَنَّ مُوجبَ القَذْف فِي الزَّوْجَة كَانَ الحَدَّ ثُمَّ انْتَسَخَ ذَلكَ باللعَان، فَنَظَرْنَا فِي آيَة اللعَان فَوَجَدْنَاهَا دَالةً عَلى أَنَّ الأَصْل فِي اللعَان أَنْ يَكُونَ شَهَادَات مُؤَكَّدَات بالأَيْمَان مَقْرُونَةً باللعْن قَائمَةً مَقَامَ حَدِّ القَذْف فِي حَقِّ الرَّجُل وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا لأَنَّ اللهَ تَعَالى قَال: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ ﴾ وَوَجْهُ الاسْتدْلال أَنَّ اللهَ تَعَالى اسْتَثْنَى الأَزْوَاجَ منْ الشُّهَدَاء.

وَالأَصْلُ فِي الاسْتثْنَاء أَنْ يَكُونَ منْ الجنْس، وَلا شُهَدَاءَ إلا بالشَّهَادَة وَلا شَهَادَةَ فِيمَا نَحْنُ فِيه إلا كَلمَاتُ اللعَان فَدَل أَنَّهَا شَهَادَاتٌ أُكِّدَتْ بالأَيْمَان نَفْيًا للتُّهْمَة، وَقَال

اللهُ تَعالَى ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَـٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ نَصٌّ عَلى الشَّهَادَةِ وَاليَمِين، فَقُلْنَا: الرُّكْنُ هُوَ الشَّهَادَةُ المُؤَكَّدَةُ باليَمِين، ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِه باللعْنِ لوْ كَانَ كَاذبًا تَأْكيدًا وَهُوَ قَائِمٌ فِي حَقِّه مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ وَفِي جَانبِهَا بالغَضَبِ لأَنَّهُنَّ يَسْتَعْمِلنَ اللعْنَ فِي كَلامِهِنَّ كَثيرًا عَلى مَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ «**إنَّهُنَّ يُكْثِرْنَ اللعْنَ وَيَكْفُرْنَ العَشِيرَ**» وَسَقَطَتْ حُرْمَةُ اللعْنِ عَنْ أَعْيُنِهِنَّ فَعَسَاهُنَّ يَجْتَرِئْنَ عَلى الإقْدَامِ لكَثْرَةِ جَرْيِ اللعْنِ عَلى أَلسِنَتِهِنَّ وَسُقُوطِ وَقْعِهِ عَنْ قُلُوبِهِنَّ فَقَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهَا بِالغَضَبِ رَدْعًا لهُنَّ عَنِ الإِقْدَامِ.

فَإِنْ قِيل: **مَا مَعْنَى إقَامَةِ الشَّهَادَةِ مَقَامَ الحَدِّ فِي الطَّرَفَيْنِ وَمَا المُنَاسَبَةُ بَيْنَ الحَدِّ وَالشَّهَادَةِ؟** أُجِيبَ بِأَنَّ الحَدَّ زَاجِرٌ، وَالاسْتِشْهَادَ بِاللهِ كَاذبًا مَقْرُونًا باللعْنِ عَلى نَفْسِه سَبَبُ الهَلاكِ، وَفِي ذَلكَ زَجْرٌ عَنْ الإقْدَامِ عَلى سَبَبِه.

فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ اللعَانُ قَائمًا فِي حَقِّه مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ يَجْرِي كَجَرَيَانِه فِي الاتِّحَادِ وَالتَّعَدُّدِ، وَليْسَ كَذَلكَ فَإِنَّ مَنْ **قَذَفَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ لهُ فِي كَلمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي كَلامٍ مُتَفَرِّقٍ** فَعَليْه أَنْ يُلاعِنَ كُل وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلى حِدَةٍ، وَإِنْ **قَذَفَ أَجْنَبِيَّاتٍ** فَإِنَّهُ يُقَامُ عَليْه حَدُّ القَذْفِ لهُنَّ مَرَّةً وَاحِدَةً. أُجِيبَ بِأَنَّ اللعَانَ قَائِمٌ فِي حَقِّه مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ بِقَذْفِ امْرَأَتِه لا مُطْلقًا لأَنَّهُ صَارَ بَدَلا عَمَّا كَانَ يَلزَمُهُ فِي الابْتِدَاءِ بِقَذْفِهَا فَلا يَرِدُ عَليْه الأَجْنَبِيَّاتُ، عَلى أَنَّ ذَلكَ الاخْتِلافَ لاخْتِلافِ المَقْصُودِ، فَإِنَّ المَقْصُودَ هُنَاكَ دَفْعُ عَارِ الزِّنَا عَنْهُنَّ وَذَلكَ يَحْصُلُ بِإِقَامَةِ حَدٍّ وَاحِدٍ، وَهَاهُنَا لا يَحْصُلُ المَقْصُودُ بلعَانٍ وَاحِدٍ لتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُنَّ بكَلمَاتِ اللعَانِ، فَقَدْ يَكُونُ صَادِقًا فِي حَقِّ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، وَالمَقْصُودُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُنَّ، وَلا يَحْصُلُ ذَلكَ بلعَانِ بَعْضِهِنَّ فَيُلاعِنُ كُلًّا مِنْهُنَّ عَلى حِدَةٍ، حَتَّى لوْ كَانَ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ كَانَ عَليْه لهُنَّ حَدٌّ وَاحِدٌ لأَنَّ مُوجَبَ قَذْفِهِنَّ الحَدُّ حِينَئِذٍ، وَالمَقْصُودُ يَحْصُلُ بِحَدٍّ وَاحِدٍ كَمَا فِي الأَجْنَبِيَّاتِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْله عِنْدَنَا لأَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ اللعَانَ أَيْمَانٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالشَّهَادَةِ، فَمَنْ كَانَ أَهْلا لليَمِينِ كَانَ أَهْلا للعَانِ.

قَال (إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ) يَعْنِي إِذَا ثَبَتَ أَنَّ الأَصْل أَنَّ اللعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالأَيْمَانِ نَقُولُ (لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المُتَلاعِنَانِ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لأَنَّ الرُّكْنَ فِيه

الشَّهادَةُ، وَلا بُدَّ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ مِمَّنْ يُحدُّ قَاذفُهَا لأَنَّهُ قَائمٌ فِي حَقِّه مَقَامَ حَدِّ القَذْف فَلا بُدَّ مِنْ الإِحْصَان، وَيَجبُ بِنَفْيِ الوَلد لأَنَّهُ لَمَّا نَفَى وَلدَهَا صَارَ قَاذفًا لَهَا) كَمَا إِذَا **نَفَى أَجْنَبِيٌّ نَسَبَ وَلدٍ عَنْ أَبِيه المَعْرُوف** فَإِنَّهُ يَكُونُ قَذْفًا للمَرْأَة فَكَذَلكَ هَذَا (وَلا يُعْتَبَرُ احْتِمَالُ كَوْنِ الوَلد مِنْ غَيْرِه بالوَطْءِ بشُبْهَة لأَنَّ الأَصْل فِي النَّسَب الفرَاشُ الصَّحِيحُ وَالفَاسدُ مُلحَقٌ بِه، فَنَفْيُهُ عَنْ الفرَاشِ الصَّحِيح قَذْفٌ حَتَّى يَظْهَرَ المُلحَقُ به) وَقَال الشَّافعيُّ: لا يَصِيرُ بِنَفْيِ الوَلد قَاذفًا لَهَا مَا لَمْ يَقُل وَإِنَّهُ مِنْ الزِّنَا لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مِنْ الوَطْءِ بشُبْهَة كَمَا لوْ **قَال لأَجْنَبِيَّة لَيْسَ هَذَا الوَلَدُ الذِي وَلَدْته مِنْ زَوْجِك** فَإِنَّهُ لا يَصِيرُ قَاذفًا مَا لَمْ يَقُل وُلدَ مِنْ الزِّنَا بالاتِّفَاق.

قَال شَيْخُ الإِسْلامِ: وَالقِيَاسُ مَا قَالهُ، إلا أَنَّا تَرَكْنَاهُ لضَرُورَةٍ فِي اللعَان، لأَنَّ الزَّوْجَ قَدْ يَعْلمُ أَنَّ الوَلدَ لَيْسَ مِنْهُ بأَنْ لَمْ يَطَأْهَا أَوْ عَزَل عَنْهَا عَزْلا بَيِّنًا وَلكنْ لا يَعْلمُ أَنَّهُ بِزِنًا أَوْ بوَطْءٍ عَنْ شُبْهَة فَاكْتَفَى بِنَفْيِ الوَلدِ حَتَّى يَنْتَفِيَ عَنْهُ نَسَبُ الوَلد، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ مَعْدُومَةٌ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ.

وَيُشتَرَطُ طَلبُهَا لأَنَّهُ حَقُّهَا فَلا بُدَّ مِن طَلبِهَا كَسَائِرِ الحُقُوقِ (فَإِن امتَنَعَ مِنهُ حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يُلاعِنَ أَو يُكَذِّبَ نَفسَهُ) لأَنَّهُ حَقٌّ مُستَحَقٌّ عَليهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلى إيفَائِهِ فَيُحبَسُ بِهِ حَتَّى يَأتِيَ بِمَا هُوَ عَليهِ أَو يُكَذِّبَ نَفسَهُ لِيَرتَفِعَ السَّبَبُ (وَلَو لاعَنَ وَجَبَ عَليهَا اللعَانُ) لمَا تَلونَا مِن النَّصِّ إلا أَنَّهُ يُبتَدَأُ بِالزَّوجِ لأَنَّهُ هُوَ المُدَّعِي (فَإِن امتَنَعَت حَبَسَهَا الحَاكِمُ حَتَّى تُلاعِنَ أَو تُصَدِّقَهُ) لأَنَّهُ حَقٌّ مُستَحَقٌّ عَليهَا وَهِيَ قَادِرَةٌ عَلى إيفَائِهِ فَتُحبَسُ فِيهِ.

الشرح:

(وَيُشْتَرَطُ طَلبُهَا بمُوجَب القَذْف لأَنَّهُ حَقُّهَا) لأَنَّهُ باللعَان يَنْدَفعُ عَارُ الزِّنَا عَنْهَا (فَلا بُدَّ مِنْ طَلبهَا كَسَائِر الحُقُوق، فَإِنْ **امْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنْ اللعَان** حَبَسَهُ الحَاكمُ حَتَّى يُلاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ لأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَليْه وَهُوَ قَادرٌ عَلى إيفَائه فَيُحْبَسُ به حَتَّى يَأْتِيَ بمَا هُوَ عَليْه أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ ليَرْتَفعَ السَّبَبُ) وَفِي نُسْخَة: ليَرْتَفعَ الشَّيْنُ، وَمَعْنَى النُّسْخَة الأُولى ليَرْتَفعَ السَّبَبُ: أَيْ سَبَبُ اللعَان: أَيْ علتُهُ وَهُوَ التَّكَاذُبُ لأَنَّ اللعَانَ إنَّمَا يَجبُ إذَا أَكْذَبَ كُلُّ وَاحدٍ مِنْهُمَا الآخَرَ فِيمَا يَدَّعِيه بَعْدَ قَذْفِ الزَّوْجِ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا؛

وَأَمَّا إذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ فَلمْ يَبْقَ التَّكَاذُبُ بَل وَافَقَ المَرْأَةَ فِي أَنَّهَا لَمْ تَزْنِ وَلا يَجْرِي اللعَانُ بَعْدَ ذَلكَ. وَأَمَّا النُّسْخَةُ الأُخْرَى فَقِيل إنَّهَا مُعْتَبَرَةٌ عَلى زَعْمِ أَنَّ سَبَبَ اللعَانِ لا يَرْتَفِعُ بِالإِكْذَابِ بَل يَتَقَرَّرُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَجِبُ عَليْهِ الحَدُّ بِالإِكْذَابِ وَهُوَ الأَصْلُ فِي القَذْفِ لكِنْ يَرْتَفِعُ الشَّيْنُ بِالتَّكَاذُبِ.

وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَال: أَرَادَ بِالسَّبَبِ الشَّرْطَ لأَنَّ التَّكَاذُبَ **شَرْطُ اللعَانِ:** قِيل قَوْلُهُ وَهُوَ قَادِرٌ عَلى إيفَائِه احْتِرَازٌ عَنْ المَدْيُونِ المُفْلسِ، فَإِنَّ الدَّيْنَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَليْهِ لكِنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلى إيفَائِه فَلا يُحْبَسُ (وَلوْ لاعَنَ وَجَبَ عَليْهَا اللعَانُ لمَا تَلوْنَا مِنْ النَّصِّ) وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَـٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ﴾ [النور:٦] وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ يُبْتَدَأُ بِالزَّوْجِ لأَنَّهُ هُوَ المُدَّعِي) بِنَاءً عَلى أَنَّ اللعَانَ شَهَادَاتٌ وَالمُطَالبُ بِهَا هُوَ المُدَّعِي وَالاسْتِثْنَاءُ بِمَعْنَى لكِنَّ كَأَنَّهُ اسْتَشْعَرَ أَنْ يُقَال المَتْلُوُّ مِنْ النَّصِّ لا يَدُلُّ عَلى المَبْدُوءِ بِهِ فَقَال إلا أَنَّهُ يُبْتَدَأُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ امْتَنَعَتْ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا كَانَ الزَّوجُ عَبدًا أَو كَافِرًا أَو مَحدُودًا فِي قَذفٍ فَقَذَفَ امرَأَتَهُ فَعَليهِ الحَدُّ) لأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللعَانُ لِمَعنًى مِن جِهَتِهِ فَيُصَارُ إلى المُوجِبِ الأَصليِّ وَهُوَ الثَّابِتُ بِقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَـٰتِ﴾ [النور: ٤]، وَاللعَانُ خَلفٌ عَنهُ

الشرح:

وَقَذَفَهَا الزَّوْجُ قَبْل أَنْ يَعْرِضَ عَليْهِ الإِسْلامَ (**أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَقَذَفَ امْرَأَتَهُ** فَعَليْهِ الحَدُّ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللعَانُ لمَعْنًى مِنْ جِهَتِه) لأَنَّهُ ليْسَ مِنْ أَهْل الشَّهَادَةِ (فَيُصَارُ إلى المُوجَبِ الأَصْليِّ) وَهُوَ حَدُّ القَذْفِ (الثَّابِتُ بِقَوْله تَعَالى ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَـٰتِ﴾) فَإِنَّهُ كَانَ هُوَ المَشْرُوعُ أَوَّلا ثُمَّ صَارَ اللعَانُ خَلفًا عَنْهُ فِي قَذْفِ الزَّوْجِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرَائِطِ، فَإِذَا عُدِمَتْ صِيرَ إلى الأَصْل.

(وَإِن كَانَ مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَو كَافِرَةٌ أَو مَحدُودَةٌ فِي قَذفٍ أَو كَانَت مِمَّن لا يُحَدُّ قَاذِفُهَا) بِأَن كَانَت صَبِيَّةً أَو مَجنُونَةً أَو زَانِيَةً (فَلا حَدَّ عَليهِ وَلا لعَانَ) لانعِدَامِ أَهليَّةِ الشَّهَادَةِ وَعَدَمِ الإِحصَانِ فِي جَانِبِهَا وَامتِنَاعِ اللعَانِ لِمَعنًى مِن جِهَتِهَا فَيَسقُطُ الحَدُّ كَمَا إذَا صَدَّقَتهُ، وَالأَصلُ فِي ذَلكَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَربَعَةٌ لا لعَانَ بَينَهُم وَبَينَ أَزوَاجِهِم: اليَهُودِيَّةُ وَالنَّصرَانِيَّةُ تَحتَ المُسلمِ، وَالمَملُوكَةُ تَحتَ الحُرِّ،

وَالحُرَّةُ تَحتَ المَملُوكِ»[١] وَلو كَانَا مَحدُودَينِ فِي قَذفٍ فَعَلَيهِ الحَدُّ لأَنَّ امتِنَاعَ اللعَانِ بِمَعنًى مِن جِهَتِهِ إذ هُوَ لَيسَ مِن أَهلِه.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ) هُوَ (مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ «**أَرْبَعَةٌ لا لعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمْ: اليَهُودِيَّةُ، وَالنَّصْرَانِيَّةُ تَحْتَ المُسْلِمِ، وَالمَمْلُوكَةُ تَحْتَ الحُرِّ، وَالحُرَّةُ تَحْتَ المَمْلُوكِ**») قِيلَ: وَهَذَا الحَدِيثُ لَمْ يُوجَدْ لَهُ أَصْلٌ فِي كُتُبِ الحَدِيثِ، وَلَكِنْ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيّ ذَكَرَهُ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ البَاقِي إلى عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ جَدِّهِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قِيلَ: كَفَى بِأَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ لِعَدَالَتِهِ وَضَبْطِهِ وَفِقْهِهِ مُقْتَدًى (وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لأَنَّ امْتِنَاعَ اللعَانِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ. فَإِنْ قِيلَ: هَلا اُعْتُبِرَ جَانِبُهَا أَيْضًا وَهِيَ مَحْدُودَةٌ فِي القَذْفِ دَرْءًا لِلحَدِّ؟.

أُجِيبَ بِأَنَّ المَانِعَ عَنْ الشَّيْءِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ مَانِعًا إِذَا وُجِدَ المُقْتَضَى لأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَمَّا يَنْتَفِي بِهِ الحُكْمُ مَعَ قِيَامِ مُقْتَضِيهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الزَّوْجُ أَهْلا لِلشَّهَادَةِ لَمْ يَنْعَقِدْ قَذْفُهُ مُقْتَضِيًا لِلحُكْمِ وَهُوَ اللعَانُ، فَلا يُعْتَبَرُ المَانِعُ وَالقَذْفُ فِي نَفْسِهِ مُوجِبٌ الحَدَّ فَيُحَدُّ، بِخِلافِ مَا إِذَا وُجِدَ الأَهْلِيَّةُ مِنْ جَانِبِهِ فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ قَذْفُهُ مُقْتَضِيًا لَهُ، فَإِذَا ظَهَرَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهَا بِكَوْنِهَا مَحْدُودَةً فِي قَذْفِهِ بَطَلَ المُقْتَضَى فَلا يَجِبُ الحَدُّ لأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدْ لَهُ بَلْ انْعَقَدَ اللعَانُ وَلا لعَانَ لِبُطْلانِهِ بِالمَانِعِ.

وَنُوقِضَ بِمَا لَوْ **قَذَفَ عَبْدَ امْرَأَتِهِ وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ** فَإِنَّهُ لا حَدَّ عَلَيْهِ وَلا لعَانَ، وَعَلَى قَوَدِ مَا ذَكَرْتُمْ يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ قَذْفُهُ مُقْتَضِيًا لِلحُكْمِ وَهُوَ اللعَانُ فَيَجِبُ أَنْ يُحَدَّ لأَنَّ القَذْفَ يُوجِبُهُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي العَبْدِ شُبْهَةَ الأَهْلِيَّةِ لأَنَّ لَهُ شَهَادَةً بَعْدَ العِتْقِ فَاعْتُبِرَتْ دَرْءًا لِلحَدِّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ المَحْدُودُ فِي قَذْفٍ.

(وَصِفَةُ اللعَانِ أَن يَبتَدِئَ القَاضِي بِالزَّوجِ فَيَشهَدُ أَربَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُل مَرَّةٍ أَشهَدُ بِاللهِ إِنِّي لَمِن الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيتُهَا بِهِ مِن الزِّنَا، وَيَقُولُ فِي الخَامِسَةِ لَعنَةُ اللهِ عَلَيهِ

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٧١)، والدارقطني (٣/١٦٢) عن ابن عمر، وانظر نصب الراية (٣/٣٦٠).

إن كَانَ مِن الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِن الزِّنَا. يُشِيرُ إليهَا فِي جَمِيعِ ذَلكَ ثُمَّ تَشهَدُ المَرأَةُ أَربَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُل مَرَّةٍ أَشهَدُ بِاللهِ إنَّهُ لِمن الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِن الزِّنَا. وَتَقُولُ فِي الخَامِسَةِ غَضَبَ اللهِ عَليهَا إن كَانَ مِن الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِن الزِّنَا) وَالأَصلُ فِي مَا تَلونَاهُ مِن النَّصِّ. وَرَوَى الحَسَنُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأتِي بِلفظَةِ المُوَاجَهَةِ يَقُولُ فِيمَا رَمَيتُك بِهِ مِن الزِّنَا لأَنَّهُ أَقطَعُ للاحتِمَال. وَجهُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ لفظَةَ المُغَايَبَةِ إذَا انضَمَّت إليهَا الإِشَارَةُ انقَطَعَ الاحتِمَالُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَصِفَةُ اللعَانِ أَنْ يَبْتَدِئَ القَاضِي) صِفَةَ اللعَانِ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَال (وَإِذَا التَعَنَا لا تَقَعُ الفُرقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ الحَاكِمُ بَينَهُمَا) وَقَال زُفَرُ: تَقَعُ بِتَلاعُنِهِمَا لأَنَّهُ تَثبُتُ الحُرمَةُ المُؤَبَّدَةُ بِالحَدِيثِ. وَلنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرمَةِ يُفَوِّتُ الإِمسَاكَ بِالمَعرُوفِ فَيَلزَمُهُ التَّسرِيحُ بِالإِحسَانِ، فَإِذَا امتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ دَفعًا للظُّلمِ، دَل عَليهِ قَولُ ذَلكَ المُلاعِنِ عِندَ النَّبِيِّ ﷺ: «كَذَبت عَليهَا يَا رَسُول اللهِ إن أَمسَكتهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلاثًا»[1] قَالهُ بَعدَ اللعَانِ (وَتَكُونُ الفُرقَةُ تَطلِيقَةً بَائِنَةً عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) رَحِمَهُمَا اللهُ لأَنَّ فِعل القَاضِي انتَسَبَ إليهِ كَمَا فِي العِنِّينِ (وَهُوَ خَاطِبٌ إذَا أَكذَبَ نَفسَهُ) عِندَهُمَا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: هُوَ تَحرِيمٌ مُؤَبَّدٌ لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «المُتَلاعِنَانِ لا يَجتَمِعَانِ أَبَدًا»[2] نَصٌّ عَلى التَّأبِيدِ. وَلهُمَا أَنَّ الإِكذَابَ رُجُوعٌ وَالشَّهَادَةُ بَعدَ الرُّجُوعِ لا حُكمَ لهَا، لا يَجتَمِعَانِ مَا دَامَا مُتَلاعِنَينِ، وَلم يَبقَ التَّلاعُنُ وَلا حُكمُهُ بَعدَ الإِكذَابِ فَيَجتَمِعَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا التَعْنَا لا تَقَعُ الفُرْقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا) يُفِيدُ أَنَّهُ لوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْ التَّلاعُنِ قَبْل تَفْرِيقِ الحَاكِمِ تَوَارَثَا (وَقَال زُفَرُ: تَقَعُ الفُرْقَةُ

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق باب ٢٩، ٤٤، ومسلم في اللعان (١، ٢)، وانظر نصب الراية (٣/٣٦٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٥٠)، وانظر نصب الراية (٣/٣٦٤).

بتلاعُنِهمَا لأَنَّهُ يَثْبُتُ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ بالحَديث) يَعْنِي قَوْلهُ ﷺ «**المُتَلاعنَان لا يَجْتَمعَان أَبدًا**» نَفى الاجْتمَاعَ بَعْدَ التَّلاعُنِ، وَهُوَ تَنْصيصٌ عَلى **وُقُوعِ الفُرْقَةِ بيْنَهُمَا بالتَّلاعُنِ** (وَلنَا قَوْله تَعَالَى ﴿ فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ وَوَجْهُ الاسْتدْلال (أَنَّ ثُبوتَ الحُرْمَة يُفوِّتُ الإمْسَاكَ بالمَعْرُوف فَيَلزَمُهُ التَّسْريحُ بإحْسَان، فَإذَا امْتَنعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ دَفْعًا للظُّلم) وَقَوْلُهُ (دَل عَليْه) أَيْ عَلى أَنْ لا تَقَعَ الفُرْقَةُ حَتَّى يُفرِّقَ القَاضِي، وَلوْ قَال دَل عَليْه أَيْضًا كَانَ أَوْلى فَتَأَمَّل.

وَقَوْلُهُ «قَوْلُ ذَلكَ المُلاعنِ يُريدُ بِهِ عُوَيْمرًا العَجْلانيَّ فَإنَّهُ قَال عنْدَ النَّبيِّ ﷺ بَعْدَ اللعَان: كَذَبْت عَليْهَا إنْ أَمْسَكْتهَا هِيَ طَالقٌ ثَلاثًا، وَلمْ يُنْكرْ عَليْه النَّبيُّ ﷺ»، وَلوْ وَقَعَتْ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا لأَنْكرَ رَسُولُ الله ﷺ. فَإنْ قيل: قَدْ أَنْكرَ عَليْه بقَوْله «**اذْهَبْ فَلا سَبيل لك عَليْهَا**» أُجيبَ بأَنَّ ذَلكَ مُنْصَرفٌ إلى طَلبه رَدَّ المَهْر، فَإنَّهُ رُويَ أَنَّهُ قَال: «**إنْ كُنْت صَادقًا فَهُوَ لَهَا بمَا اسْتَحْللت منْ فَرْجهَا، وَإنْ كُنْت كَاذبًا فَلا سَبيل لك عَليْهَا**».

وَالجَوَابُ عَنْ اسْتدْلال زُفَرَ بالحَديث يَجيءُ (ثُمَّ إذَا فَرَّقَ الحَاكمُ تَكُونُ الفُرْقَةُ تَطْليقَةً بَائنَةً عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد لأَنَّ فعْلَ القَاضي انْتَسَبَ إليْه لنيَابَته عَنْهُ كَمَا في العنِّين) وَقَوْلُهُ (وَهُوَ خَاطبٌ إذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ عنْدَهُمَا) مَسْأَلةٌ مُبْتَدَأَةٌ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ هُوَ) أَيْ الثَّابتُ باللعَان (تَحْريمٌ مُؤَبَّدٌ لقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**المُتَلاعنَان لا يَجْتَمعَان أَبدًا**» نَصَّ عَلى التَّأْبيد وَهُوَ يُنَافي عَوْدَهُ خَاطبًا. (وَلهُمَا أَنَّ الإكْذَاب) أَيْ الإقْرَارَ بالكَذب (رُجُوعٌ عَنْ الشَّهَادَة) وَالرُّجُوعُ عَنْهَا يُبْطلُ حُكْمَهَا، وَلا مُنَافَاةَ بَيْنَ نَصِّ التَّأْبيد وَالعَوْد خَاطبًا لأَنَّ مَعْنَاهُ لا يَجْتَمعَان مَا دَامَا مُتَلاعنَيْن، لأَنَّهُمَا يَكُونَان مُتَلاعنَيْن، إمَّا حَقيقَةً بمُبَاشَرَتهمَا اللعَانَ، أَوْ مَجَازًا باعْتبَار بَقَاء حُكْمه، وَلمْ يَبْقَ شَيْءٌ بَعْدَ الإكْذَاب، أَمَّا حَقيقَةً فَظَاهرٌ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلأَنَّهُ لَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ وَجَبَ عَليْه الحَدُّ فَبَطَلَتْ أَهْليَّةُ اللعَان، وَإذَا بَطَلَتْ الأَهْليَّةُ ارْتَفَعَ حُكْمُهُ فَيَجْتَمعَان.

(وَلو كَانَ القَذفُ بِولَدٍ نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ وَألحقَهُ بِأُمِّهِ) وَصُورَةُ اللعَانِ أَن يَأمُرَ الحَاكِمُ الرَّجُل فَيَقُول: أَشهَدُ بِالله إنِّي لِمن الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيتُك بِهِ مِن نَفيِ الوَلَدِ، وَكَذَا فِي جَانِبِ المَرأَةِ (وَلو قَذفَهَا بِالزِّنَا وَنَفَى الوَلدَ ذَكَرَ فِي اللعَانِ الأَمرَينِ ثُمَّ يَنفِي

القَاضِي نَسَبَ الوَلدِ وَيُلحِقُهُ بِأُمِّهِ) لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَفَى وَلَدَ امرَأَةِ هِلال بن أُمَيَّةَ عَن هِلالٍ وَأَلحقَهُ بِهَا» وَلأَنَّ المَقصُودَ مِن هَذَا اللعَانِ نَفيُ الوَلدِ فَيُوَفَّرُ عَليهِ مَقصُودَهُ، فَيَتَضَمَّنُهُ القَضَاءُ بِالتَّفرِيقِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَاضِي يُفَرِّقُ وَيَقُولُ: قَد أَلزَمته أُمَّهُ وَأَخرَجته مِن نَسَبِ الأَبِ لأَنَّهُ يَنفكُّ عَنهُ فَلا بُدَّ مِن ذِكرِهِ (فَإِن عَادَ الزَّوجُ وَأَكذَبَ نَفسَهُ حَدَّهُ القَاضِي) لإِقرَارِهِ بِوُجُوبِ الحَدِّ عَليهِ (وَحَل لهُ أَن يَتَزَوَّجهَا) وَهَذَا عِندَهُمَا لأَنَّهُ لمَّا حُدَّ لم يَبقَ أَهلا للعَانِ فَارتَفَعَ حُكمُهُ المَنُوطُ بِهِ وَهُوَ التَّحرِيمُ (وَكَذَلكَ إِن قَذَفَ غَيرَهَا فَحُدَّ بِهِ) لمَا بَيَّنَّا (وَكَذَا إِذَا زَنَت فَحُدَّت) لانتِفَاءِ أَهليَّةِ اللعَانِ مِن جَانِبِهَا.

الشرح:

(وَلوْ كَانَ القَذْفُ بِوَلد نَفَى القَاضِي النَّسَبَ مِنْ الأَب وَأَلحَقَهُ بِأُمِّه) وَصُورَةُ اللعَانِ فِي ذَلكَ أَنْ يَأْمُرَ الحَاكِمُ الرَّجُل فَيَقُول أَشْهَدُ بَاَلله إلخْ وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَقَوْلُهُ وَلأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ هَذَا اللعَان نَفْيُ الوَلد) حَيْثُ كَانَ القَذْفُ به (فَيُوَفَّرُ عَليْه) أَيْ عَلى الزَّوْج مَقْصُودَهُ، فَالقَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ يَكُونُ مُتَضَمِّنًا لنَفْيه فَلا يَحْتَاجُ أَنْ يَنْفِيَ القَاضِي نَسَبَهُ وَيَلحَقَهُ بِأُمِّه (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَاضِيَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَيَقُولُ قَدْ أَلزَمْته أُمَّهُ وَأَخْرَجْته مِنْ نَسَبِ الأَب) حَتَّى لوْ لمْ يَقُل ذَلكَ لمْ يَنْتَف النَّسَبُ عَنْهُ (لأَنَّهُ) أَيْ نَفْيَ الوَلد (يَنْفَكُّ عَنْهُ) أَيْ عَنْ التَّفَرُّق، إذْ ليْسَ مِنْ ضَرُورَة التَّفْرِيق باللعَان نَفْيُ الوَلد كَمَا لوْ مَاتَ الوَلدُ فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا باللعَان وَلا يَنْتَفِي النَّسَبُ عَنْهُ فَلا بُدَّ أَنْ يُصَرِّحَ القَاضِي بِنَفْيِ النَّسَب عَنْهُ.

رَوَاهُ بِشْرٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ) **بَعْدَ اللعَان** (حَدَّهُ القَاضِي لإِقْرَاره بمَا يُوجبُ الحَدَّ عَليْه) قَال فِي النِّهَايَة: هَذَا إذَا لمْ يُطَلقْهَا تَطْليقَةً بَائنَةً بَعْدَ القَذْف، فَإِنَّهُ إذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ القَذْف وَالبَيْنُونَة لا يَجبُ عَليْه الحَدُّ وَاللعَانُ، أَمَّا اللعَانُ فَلأَنَّ المَقْصُودَ باللعَان التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا وَلا يَتَأَتَّى ذَلكَ بَعْدَ البَيْنُونَة فَلا مَعْنَى للعَان لفَوَات المَقْصُود، وَلا حَدَّ عَليْه لأَنَّ قَذْفَهُ كَانَ مُوجبًا للعَان، وَالقَذْفُ الوَاحدُ لا يُوجبُ حَدَّيْنِ، بخلاف مَا لوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَمَا لاعَنَهَا لأَنَّ وُجُوبَ اللعَان هُنَاكَ بأَصْل القَذْف وَالحَدِّ بكَلمَات اللعَان فَقَدْ نَسَبَهَا فِيهَا إلى الزِّنَا وَانْتَزَعَ مَعْنَى الشَّهَادَة منْهَا بِإِكْذَابِه نَفْسَهُ، فَيَكُونُ هَذَا نَظِيرَ شُهُود الزِّنَا إذَا رَجَعُوا. وَأَمَّا فِيمَا قُلنَا فَلمْ يُوجَدْ

كَلِمَاتُ اللعَانِ فَلِهَذَا لا يُحَدُّ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، فَلَوْ قَالَ **أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا يَا زَانِيَةُ** كَانَ عَلَيْهِ الحَدُّ لأَنَّهَا بَانَتْ بِالتَّطْلِيقَاتِ الثَّلاثِ، وَإِنَّمَا قَذَفَهَا بِالزِّنَا بَعْدَ البَيْنُونَةِ فَعَلَيْهِ الحَدُّ، وَلَوْ قَالَ **يَا زَانِيَةُ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا** لَمْ يَلزَمْهُ حَدٌّ وَلا لعَانٌ لأَنَّهُ قَذَفَهَا وَهِيَ مَنْكُوحَتُهُ ثُمَّ أَبَانَهَا بِالتَّطْلِيقَاتِ.

وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ بَعْدَ قَذْفِهَا إِذَا أَبَانَهَا لَمْ يَلزَمْهُ حَدٌّ وَلا لعَانٌ، كَذَا فِي المَبْسُوطِ (وَقَوْلُهُ وَحَل لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) تَكْرَارٌ لقَوْلِه وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ عِنْدَهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال ذَكَرَ هُنَاكَ تَفْرِيعًا وَنَقَل هَاهُنَا لفْظَ القُدُورِيِّ. وَقَوْلُهُ وَكَذَلكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ بِهِ) يَعْنِي جَازَ لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ لأَنَّهُ لَمَّا حُدَّ لَمْ يَبْقَ أَهْلا للعَانِ (وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ) لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا (لانْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ اللعَانِ مِنْ جَانِبِهَا) فَإِنْ قِيل: لَمَّا جَرَى اللعَانُ بَيْنَهُمَا عُلمَ أَنَّهُمَا زَوْجَانِ عَلى صِفَةِ الإِحْصَانِ، **وَالمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ إِذَا زَنَيَا بَعْدَ إِحْصَانِهِمَا** رُجِمَا فَحِينَئِذٍ كَانَ قَوْلُهُ فَحُدَّتْ مَعْنَاهُ رُجِمَتْ، فَبَعْدَ ذَلكَ أَنَّى تَبْقَى مَحَلا للتَّزَوُّجِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِه حُدَّتْ جُلدَتْ، وَتَصْوِيرُ المَسْأَلةِ أَنْ يَتَلاعَنَا بَعْدَ التَّزَوُّجِ قَبْل الدُّخُول ثُمَّ إِنَّهَا زَنَتْ بَعْدَ اللعَانِ فَكَانَ حَدُّهَا الجَلدَ دُونَ الرَّجْمِ لأَنَّهَا ليْسَتْ بِمُحْصَنَةٍ لأَنَّ مِنْ شُرُوطِ إِحْصَانِ الرَّجْمِ الدُّخُول بَعْدَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلمْ يُوجَدْ.

(وَإِذَا قَذَفَ امرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَو مَجنُونَةٌ فَلا لعَانَ بَينَهُمَا) لأَنَّهُ لا يُحَدُّ قَاذِفُهَا لو كَانَ أَجنَبِيًّا، فَكَذَا لا يُلاعِنُ الزَّوجُ لقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوجُ صَغِيرًا أَو مَجنُونًا) لعَدَمِ أَهليَّةِ الشَّهَادَةِ (وَقَذفُ الأَخرَسِ لا يَتَعلقُ بِهِ اللعَانُ) لأَنَّهُ يَتَعلقُ بِالصَّرِيحِ كَحَدِّ القَذفِ، وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ، وَهذَا لأَنَّهُ لا يَعرَى عَن الشُّبهَةِ وَالحُدُودُ تَندَرِئُ بِهَا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلا لعَانَ بَيْنَهُمَا لأَنَّهُ لا يُحَدُّ قَاذِفُهَا لوْ كَانَ القَاذِفُ أَجْنَبِيًّا) لعَدَمِ إِحْصَانِهِمَا، لأَنَّ مِنْ شَرْطِه البُلُوغَ وَالعَقْل (فَكَذَا لا يُلاعِنُ الزَّوْجُ لقِيَامِ اللعَانِ مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا لعَدَمِ الأَهْليَّةِ) لكَوْنِه غَيْرَ مُخَاطَبٍ (**وَقَذْفُ الأَخْرَسِ** لا يَتَعَلقُ بِه اللعَانُ) لأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ وَحَدُّ القَذْفِ لا يَثْبُتُ إِلا بِالصَّرِيحِ فَكَذَلكَ اللعَانُ (وَفِيه خِلافُ الشَّافِعِيِّ)

هُوَ يَقُولُ إِشَارَةُ الأَخْرَسِ كَعِبَارَةِ النَّاطِقِ (وَلَنَا أَنَّ الإِشَارَةَ لا تَعْرَى عَنْ الشُّبْهَةِ) لِكَوْنِهَا مُحْتَمَلَةً (وَالحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ) وَاللعَانُ فِي مَعْنَى الحَدِّ.

(وَإِذَا قَالَ الزَّوجُ لَيسَ حَملُك مِنِّي فَلا لعَانَ بَينَهُمَا) وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ لأَنَّهُ لا يَتَيَقَّنُ بِقِيَامِ الحَمل فَلم يَصِر قَاذِفًا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: اللعَانُ يَجِبُ بِنَفيِ الحَمل إذَا جَاءَت بِهِ لأَقل مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ وَهُوَ مَعنَى مَا ذُكِرَ فِي الأَصل، لأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الحَمل عِندَهُ فَيَتَحَقَّقُ القَذفُ. قُلنَا: إذَا لم يَكُن قَذفًا فِي الحَال يَصِيرُ كَالمُعَلقِ بِالشَّرطِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَال: إن كَانَ بِك حَملٌ فَلَيسَ مِنِّي.

وَالقَذفُ لا يَصِحُّ تَعلِيقُهُ بِالشَّرطِ (وَإِن قَال لهَا زَنَيت وَهَذَا الحَملُ مِن الزِّنَا تَلاعَنَا) لِوُجُودِ القَذفِ حَيثُ ذَكَرَ الزِّنَا صَرِيحًا (وَلم يَنفِ القَاضِي الحَمل) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَنفِيه لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَفَى الوَلدَ عَن هِلالٍ وَقَد قَذَفَهَا حَامِلا. وَلنَا أَنَّ الأَحكَامَ لا تَتَرَتَّبُ عَليهِ إلا بَعدَ الوِلادَةِ لِتَمَكُّنِ الاحتِمَال قَبلهُ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلى أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الحَبَل بِطَرِيقِ الوَحيِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَال الزَّوْجُ لَيْسَ حَمْلُك مِنِّي) ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ فِي قَوْله بِقِيَام الحَمْل عِنْدَهُ لِلقَذْف. وَقَوْلُهُ (وَالقَذْفُ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِالشَّرْط) إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لأَنَّ القَذْفَ مِمَّا لا يُحْلَفُ بِه لإِفْضَائِه إِلى إِبْقَائِه إِلى زَمَان وُجُود الشَّرْط فِي ذِمَّة الحَالِف، وَفِي ذَلِكَ احْتِيَالٌ لإِثْبَات مَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَات (وَإِنْ **قَال لهَا زَنَيْت وَهَذَا الحَمْلُ مِنْ الزِّنَا**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قَذَفَهَا حَامِلا) رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ قَال: **إِنْ جَاءَتْ بِه أُصَيْهِبَ أُرَيْصِحَ حَمْشَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِهِلال**» وَفِي رِوَايَة «أُحَيْمِرَ قَصِيرًا، وَإِنْ جَاءَتْ بِه أَسْوَدَ جَعْدًا جُمَالِيًّا فَهُوَ لِشَرِيك، فَجَاءَتْ بِه عَلى النَّعْت المَكْرُوه، فَقَال ﷺ: **لوْلا الأَيْمَانُ التِي سَبَقَتْ لكَانَ لِي وَلهَا شَأْنٌ**» (وَلنَا أَنَّ نَفْيَ الوَلد حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامه، وَالأَحْكَامُ لا تَتَرَتَّبُ عَلَيْه إِلا بَعْدَ الوِلادَة لِتَمَكُّنِ الاحْتِمَال قَبْلهُ) أَيْ قَبْل انْفِصَال الوَلد أَوْ قَبْل حُصُول الوِلادَة. فَإِنْ قِيل: بَل تَتَرَتَّبُ عَلَيْه قَبْلهَا كَالرَّدِّ بِالعَيْب وَالمِيرَاث وَالوَصِيَّة بِه وَلهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ اللعَانَ فِي حَقِّ الزَّوْجِ بِمَنْزِلة الحَدِّ فَلا يُقَامُ مَعَ الشُّبْهَة، بِخِلاف الرَّدِّ بِالعَيْبِ لأَنَّهُ يَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ، وَالإِرْثُ وَالوَصِيَّةُ يَتَوَقَّفَانِ عَلى انْفِصَال الوَلد وَلا يَتَقَرَّرُ

فِي الحَال. وَحَاصِلُ الجَوَابِ أَنَّ قَوْلَهُ الأَحْكَامُ لا تَتَرَتَّبُ يُرَادُ بِه بَعْضُهَا، وَنَفْيُ الوَلَدِ مِنْهَا لِئَلا يَلزَمَ إِقَامَةُ الحَدِّ مَعَ قِيَامِ الشُّبْهَة (وَالحَدِيثُ) أَيْ حَدِيثُ هِلالٍ (مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الحَبَل بِطَرِيقِ الوَحْيِ) بِدَلِيل مَا رَوَيْنَا أَنَّهُ ﷺ قَال: إِنْ جَاءَتْ بِهِ كَذَا كَانَ كَذَا، وَمِثْلُ ذَلِكَ لا يُعْرَفُ إِلا بِطَرِيقِ الوَحْيِ.

(وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امرَأَتِهِ عَقِيبَ الوِلادَةِ أَو فِي الحَالَةِ التِي تَقبَلُ التَّهنِئَةَ وَتُبتَاعُ آلَةُ الوِلادَةِ صَحَّ نَفيُهُ وَلاعَنَ بِهِ وَإِن نَفَاهُ بَعدَ ذَلكَ لاعَنَ، وَيَثبُتُ النَّسَبُ هَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ نَفيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ) لأَنَّ النَّفيَ يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ وَلا يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ فَفَصَلنَا بَينَهُمَا بِمُدَّةِ النِّفَاسِ لأَنَّهُ أَثَرُ الوِلادَةِ.

وَلَهُ أَنَّهُ لا مَعنَى للتَّقدِيرِ لأَنَّ الزَّمَانَ للتَّأَمُّلِ وَأَحوَالُ النَّاسِ فِيهِ مُختَلفَةٌ فَاعتَبَرنَا مَا يَدُلُّ عَليهِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهنِئَةَ أَو سُكُوتُهُ عِندَ التَّهنِئَةِ أَو ابتِيَاعُهُ مَتَاعَ الوِلادَةِ أَو مُضِيُّ ذَلكَ الوَقتِ فَهُوَ مُمتَنِعٌ عَن النَّفيِ. وَلو كَانَ غَائِبًا وَلم يَعلم بِالوِلادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعتَبَرُ المُدَّةُ التِي ذَكَرنَاهَا عَلَى الأَصلين.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَته عَقِيبَ الوِلادَة أَوْ فِي الحَالَة التِي تُقْبَلُ التَّهْنِئَةُ) قَال فِي النِّهَايَة عَلَى بِنَاءِ المَفْعُول لا الفَاعِل، لأَنَّهُ لوْ قَبِل الأَبُ التَّهْنِئَةَ ثُمَّ نَفَى لا يَصِحُّ نَفْيُهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّة النِّفَاسِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ حَاضِرًا (وَلأَبِي حَنِيفَة أَنَّهُ لا مَعْنَى للتَّقْدِيرِ بِمُدَّة لأَنَّ الزَّمَانَ للتَّأَمُّل) لِئَلا يَقَعَ فِي نَفْيِ الوَلَد مُجَازِفًا (وَأَحْوَالُ النَّاسِ فِي ذَلكَ مُخْتَلفَةٌ فَاعْتَبَرْنَا مَا يَدُلُّ عَلَيْه) أَيْ عَلَى عَدَمِ النَّفْيِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهْنِئَةَ أَوْ سُكُوتُهُ عِنْدَ التَّهْنِئَة، فَإِنَّ ذَلكَ إِقْرَارٌ مِنْهُ أَنَّ الوَلَدَ لهُ وَكَذَلكَ ابْتِيَاعُهُ مَا يَحْتَاجُ إِليْه لإِصْلاحِ الوَلَد عَادَةً، أَوْ مُضِيِّ ذَلكَ الوَقْتِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ عَنْ النَّفْيِ، وَإِذَا وُجِدَ مِنْهُ دَليلُ القَبُول لا يَصِحُّ النَّفْيُ بَعْدَهُ، وَليْسَ فِيمَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب ذِكْرُ مُدَّة مُعَيَّنَة كَمَا تَرَى.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِسَبْعَة أَيَّامٍ لأَنَّ فِي هَذه تَسْتَعِدُّ للعَقِيقَة، وَإِنَّمَا تَكُونُ **العَقِيقَةُ بَعْدَ سَبْعَةِ أَيَّامٍ**، وَلكِنَّ هَذَا ضَعِيفٌ لأَنَّ نَصْبَ المِقْدَارِ بِالرَّأْيِ لا يَجُوزُ.

وَذَكَرَ فِي الشَّامِل أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُقَدَّرُ بِثَلاثَةٍ وَذَلكَ فِي الضَّعْفِ

مِثْلُ الأَوَّلِ (وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا وَلَمْ يَعْلَمْ بالوِلادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ المُدَّةُ ذَكَرْنَاهَا عَلَى الأَصْلَيْنِ) فَيُجْعَلُ كَأَنَّهَا وَلَدَتْهُ الآنَ فَلَهُ النَّفْيُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مِقْدَارِ مَا يُقْبَلُ فِيهِ التَّهْنِئَةُ، وَعِنْدَهُمَا فِي مِقْدَارِ مُدَّةِ النِّفَاسِ بَعْدَ القُدُومِ لأَنَّ النَّسَبَ لا يَلْزَمُ إلا بَعْدَ العِلْمِ بِهِ فَصَارَتْ حَالُ القُدُومِ كَحَالِ الوِلادَةِ.

قَالَ (وَإِذَا وَلَدَت وَلَدَينِ فِي بَطنٍ وَاحِدٍ فَنَفَى الأَوَّلَ وَاعتَرَفَ بِالثَّانِي يَثبُتُ نَسَبُهُمَا) لأَنَّهُمَا تَوأَمَانِ خُلِقَا مِن مَاءٍ وَاحِدٍ (وَحُدَّ الزَّوجُ) لأَنَّهُ أَكذَبَ نَفسَهُ بِدَعوَى الثَّانِي، وَإِن اعتَرَفَ بِالأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي يَثبُتُ نَسَبُهُمَا لِمَا ذَكَرنَا وَلاعَنَ لأَنَّهُ قَادِرٌ بِنَفيِ الثَّانِي وَلَم يَرجِع عَنهُ، وَالإِقرَارُ بِالعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذفِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِنَّهَا عَفِيفَةٌ ثُمَّ قَالَ هِيَ زَانِيَةٌ، وَفِي ذَلِكَ التَّلاعُنُ كَذَا هَذَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ) ظَاهِرٌ (وَالإِقْرَارُ بِالعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذْفِ) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْدِيرُهُ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ الحَدُّ لأَنَّهُ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ القَذْفِ لأَنَّ الإِقْرَارَ الأَوَّلَ بِثُبُوتِ النَّسَبِ بَاقٍ بَعْدَ نَفْيِ الوَلَدِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ الإِقْرَارِ بَعْدَ القَذْفِ بِابْتِدَاءِ الإِقْرَارِ، وَلَوْ وُجِدَ الإِقْرَارُ بَعْدَ النَّفْيِ ثَبَتَ الإِكْذَابُ وَوَجَبَ الحَدُّ، فَكَذَا هَاهُنَا. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذْفِ حَقِيقَةً وَالاعْتِبَارُ بِالحَقِيقَةِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا **قَالَ إِنَّهَا عَفِيفَةٌ ثُمَّ قَالَ هِيَ** زَانِيَةٌ، وَفِي ذَلِكَ التَّلاعُنُ) وَلا يَكُونُ ذَلِكَ إِكْذَابًا (فَكَذَلِكَ هَذَا).

باب العنين وغيره

(وَإِذَا كَانَ الزَّوجُ عِنِّينًا أَجَّلَهُ الحَاكِمُ سَنَةً، فَإِن وَصَلَ إِلَيهَا وَإِلا فَرَّقَ بَينَهُمَا إِذَا طَلَبَت المَرأَةُ ذَلِكَ) هَكَذَا رُوِيَ عَن عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابنِ مَسعُودٍ، وَلأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ لَهَا فِي الوَطءِ، وَيَحتَمِلُ أَن يَكُونَ الامتِنَاعُ لِعِلَّةٍ مُعتَرِضَةٍ، وَيَحتَمِلُ لآفَةٍ أَصلِيَّةٍ فَلا بُدَّ مِن مُدَّةٍ مَعرِفَةِ ذَلِكَ، وَقَدَّرنَاهَا بِالسَّنَةِ لاشتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَربَعَةِ.

الشرح:

(بَابُ العِنِّينِ وَغَيْرِهِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ وُجُوهِ أَحْكَامِ الأَصِحَّاءِ المُتَعَلِّقَةِ بِالنِّكَاحِ وَالطَّلاقِ ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ أَحْكَامَ مَنْ بِهِ نَوْعُ مَرَضٍ لَهَا تَعَلُّقٌ بِالنِّكَاحِ وَالطَّلاقِ، لأَنَّ

حُكْمَ مَنْ بِهِ العَوَارِضُ بَعْدَ ذِكْرِ حُكْمِ الأَصِحَّاءِ، وَالعِنِّينُ هُوَ الذي لا يَقْدِرُ عَلى إِتْيَانِ النِّسَاءِ، مِنْ عُنَّ إِذَا حُبِسَ فِي العُنَّةِ وَهِيَ حَظِيرَةُ الإِبِلِ، أَوْ مِنْ عَنَّ إِذَا عَرَضَ لِأَنَّهُ يَعِنُّ يَمِينًا وَشِمَالاً، وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَقُومَ آلَتُهُ أَوْ لَمْ تَقُمْ، وَبَيْنَ أَنْ يَصِلَ إِلى الثَّيِّبِ دُونَ البِكْرِ أَوْ إِلى بَعْضِ النِّسَاءِ دُونَ بَعْضٍ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِمَرَضٍ بِهِ أَوْ لِضَعْفٍ فِي خِلْقَتِهِ أَوْ لِكِبَرِ سِنِّهِ أَوْ لِسِحْرٍ أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ عِنِّينٌ فِي حَقِّ مَنْ لا يَصِلُ إِلَيْهَا لِفَوَاتِ المَقْصُودِ فِي حَقِّهَا.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عِنِّينًا) أَيْ وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عِنِّينًا (أَجَّلَهُ الحَاكِمُ سَنَةً) ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ الخُصُومَةِ (فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلا فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَتْ المَرْأَةُ ذَلِكَ) وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَعَلَيْهِ فَتْوَى فُقَهَاءِ الأَمْصَارِ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ وَالشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِهِ وَمَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ وَأَحْمَدَ وَأَصْحَابِهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ (وَلِأَنَّ حَقَّهَا ثَابِتٌ فِي الوَطْءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الامْتِنَاعُ لِعِلَّةٍ مُعْتَرِضَةٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِآفَةٍ أَصْلِيَّةٍ فَلا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ مَعْرِفَةٍ لِذَلِكَ. وَقَدَّرْنَاهَا بِالسَّنَةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ) لِأَنَّ العَجْزَ قَدْ يَكُونُ لِفَرْطِ رُطُوبَةٍ فَيَتَدَاوَى بِمَا يُضَادُّهُ مِنْ اليُبُوسَةِ أَوْ بِالعَكْسِ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ بَقِيَّةُ الطَّبَائِعِ.

فَإِذَا مَضَت المُدَّةُ وَلم يَصِل إِليهَا تَبَيَّنَ أَنَّ العَجزَ بِآفَةٍ أَصليَّةٍ فَفَاتَ الإِمسَاكُ بِالمَعرُوفِ وَوَجَبَ عَليهِ التَّسرِيحُ بِالإِحسَانِ، فَإِذَا امتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَينَهُمَا وَلا بُدَّ مِن طَلَبِهَا لأَنَّ التَّفرِيقَ حَقُّهَا (وَتِلكَ الفُرقَةُ تَطلِيقَةٌ بَائِنَةٌ) لأَنَّ فِعلَ القَاضِي أُضِيفَ إِلى الزَّوجِ فَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفسِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ فَسخٌ لكِنَّ النِّكَاحَ لا يَقبَلُ الفَسخَ عِندَنَا، وَإِنَّمَا تَقَعُ بَائِنَةً لأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ دَفعُ الظُّلمِ عَنهَا لا يَحصُلُ إِلا بِهَا لأَنَّهَا لو لم تَكُن بَائِنَةً تَعُودُ مُعَلَّقَةً بِالمُرَاجَعَةِ.

الشرح:

(فَإِذَا مَضَتْ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا تَبَيَّنَ أَنَّ العَجْزَ بِآفَةٍ أَصْلِيَّةٍ فَفَاتَ الإِمْسَاكُ بِالمَعْرُوفِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ التَّسْرِيحُ بِالإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا) وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَدِّرَ السَّنَةَ شَمْسِيَّةً أَخْذًا بِالاحْتِيَاطِ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ مُوَافَقَةُ العِلاجِ فِي الأَيَّامِ التِي يَقَعُ التَّفَاوُتُ فِيهَا بَيْنَ السَّنَةِ القَمَرِيَّةِ وَالشَّمْسِيَّةِ وَلَيْسَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَلى مَا نَذْكُرُهُ

(وَلا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا التَّفْرِيقَ) لأَنَّهُ حَقُّهَا وَتِلكَ الفُرْقَةُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ لأَنَّ فِعْلَ القَاضِي أُضِيفَ إِلى الزَّوْجِ وَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفْسِهِ. (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ فَسْخٌ لأَنَّهُ فُرْقَةٌ مِنْ جِهَتِهَا لَكِنْ النِّكَاحُ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ عِنْدَنَا) يَعْنِي بَعْدَ التَّمَامِ، وَأَمَّا قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيُقْبَلُ كَمَا فِي خِيَارِ البُلُوغِ وَخِيَارِ العِتْقِ وَقَدْ تَقَدَّمَ (وَإِنَّمَا تَقَعُ التَّطْلِيقَةُ بَائِنَةً لأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الظُّلمِ عَنْهَا لا يَحْصُلُ إلا بِهَا لأَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَائِنَةً تَعُودُ مُعَلقَةً بِالمُرَاجَعَةِ) وَهِيَ التِي لا تَكُونُ ذَاتَ زَوْجٍ وَلا مُطَلقَةً، أَمَّا الأُولى فَلفَوَاتِ المَقْصُودِ وَهُوَ الوَطْءُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهَا تَحْتَ زَوْجٍ فَلا يَحْصُلُ لهَا دَفْعُ الظُّلمِ.

(وَلهَا كَمَالُ مَهرِهَا إن كَانَ خَلا بِهَا) فَإِنَّ خَلوَةَ العِنِّينِ صَحِيحَةٌ (وَيَجِبُ العِدَّةُ) لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبل هَذَا إِذَا أَقَرَّ الزَّوجُ أَنَّهُ لم يَصِل إِليهَا (وَلو اختَلفَ الزَّوجُ وَالمَرأَةُ فِي الوُصُول إِليهَا فَإِن كَانَت ثَيِّبًا فَالقَولُ قَولُهُ ثُمَّ يَمِينُهُ) لأَنَّهُ يُنكِرُ استِحقَاقَ حَقِّ الفُرقَةِ وَالأَصلُ هُوَ السَّلامَةُ فِي الجِبِلةِ (ثُمَّ إن حَلفَ بَطَل حَقُّهَا، وَإِن نَكَل يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِن كَانَت بِكرًا نَظَرَ إِليهَا النِّسَاءُ، فَإِن قُلنَ هِيَ بِكرٌ أُجِّل سَنَةً) لظُهُورِ كَذِبِهِ (وَإِن قُلنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَحلفُ الزَّوجُ، فَإِن حَلفَ لا حَقَّ لهَا، وَإِن نَكَل يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِن كَانَ مَجبُوبًا فُرِّقَ بَينَهُمَا فِي الحَال إن طَلبَت) لأَنَّهُ لا فَائِدَةَ فِي التَّأجِيل (وَالخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ العِنِّينُ) لأَنَّ وَطأَهُ مَرجُوٌّ (وَإِذَا أُجِّل العِنِّينُ سَنَةً وَقَال قَد جَامَعتُهَا وَأَنكَرَت نَظَرَ إِليهَا النِّسَاءُ. فَإِن قُلنَ: هِيَ بِكرٌ خُيِّرَت) لأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأَيَّدَت بِمُؤَيِّدٍ وَهِيَ البَكَارَةُ (وَإِن قُلنَ: هِيَ ثَيِّبٌ حَلفَ الزَّوجُ، فَإِن نَكَل خُيِّرَت) لتَأَيُّدِهَا بِالنُّكُول، وَإِن حَلفَ لا تُخَيَّرُ، وَإِن كَانَت ثَيِّبًا فِي الأَصل فَالقَولُ قَولُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَقَد ذَكَرنَاهُ (فَإِن اختَارَت زَوجَهَا لم يَكُن لهَا بَعدَ ذَلكَ خِيَارٌ) لأَنَّهَا رَضِيَت بِبُطلانِ حَقِّهَا.

الشرح:

(وَلَهَا كَمَالُ المَهْرِ إِنْ كَانَ خَلا بِهَا لأَنَّ خَلوَةَ العِنِّينِ صَحِيحَةٌ) لأَنَّ المَرْأَةَ قَدْ سَلمَتْ المُبْدَل مَعَ وُجُودِ الآلةِ فَيَجِبُ عَليْهِ البَدَلُ، دَل عَلى ذَلكَ قَضَاءُ عُمَرَ وَعَليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا حَيْثُ قَالا: مَا ذَنْبُهُنَّ إِذَا جَاءَ العَجْزُ مِنْ قِبَلِكُمْ (وَيَجِبُ العِدَّةُ) لتَوَهُّمِ الشُّغْل احْتِيَاطًا اسْتِحْسَانًا (لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي بَابِ المَهْرِ هَذَا إِذَا **أَقَرَّ الزَّوْجُ بِعَدَمِ الوُصُول إِليْهَا، وَإِنْ ادَّعَاهُ وَأَنْكَرَتْهُ** (فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ لأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ حَقِّ

الفُرْقَة) حَقِيقَةً وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا لِلوُصُول صُورَةً (وَالأَصْلُ فِي الجِبلة السَّلامَةُ) وَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ وَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ فَكَانَ كَالمُودِعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الوَدِيعَة القَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّهُ مُنْكِرٌ مَعْنًى وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا صُورَةً (ثُمَّ إِنْ **حَلَفَ بِالله لَقَدْ أَصَبْتَهَا** بَطَل حَقُّهَا، وَإِنْ نَكَل يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا نَظَرَ النِّسَاءُ إِلَيْهَا، فَإِنْ قُلنَ هِيَ بِكْرٌ أُجِّل سَنَةً، وَإِنْ قُلنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَحْلِفُ الزَّوْجُ) لإِمْكَان أَنَّ بَكَارَتَهَا زَالتْ بِوَجْه آخَرَ فَيُشْتَرَطُ اليَمِينُ مَعَ شَهَادَتِهِنَّ لِيَكُونَ حُجَّةً (فَإِنْ حَلفَ لا حَقَّ لَهَا، وَإِنْ نَكَل يُؤَجَّلُ سَنَةً) ثُمَّ **كَيْفَ يَعْرِفُ أَنَّهَا بِكْرٌ أَوْ ثَيِّبٌ**؟ قَالُوا: يَدْفَعُ فِي فَرْجِهَا أَصْغَرَ بَيْضَة مِنْ بَيْضِ الدَّجَاجِ، فَإِنْ دَخَل بِلا عُنْفٍ فَثَيِّبٌ وَإِلا فَبِكْرٌ. وَقِيل إِنْ أَمْكَنَهَا أَنْ تَبُول عَلَى الجِدَارِ فَبِكْرٌ وَإِلا فَثَيِّبٌ، وَقِيل تُكْسَرُ البَيْضَةُ فَتُصَبُّ فِي فَرْجِهَا فَإِنْ دَخَلتْ فَثَيِّبٌ وَإِلا فَبِكْرٌ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فِي الحَال) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قُلنَ هِيَ ثَيِّبٌ حَلفَ الزَّوْجُ) حَاصِلُهُ أَنَّ الإِرَاءَةَ لِلنِّسَاءِ مَرَّتَانِ: مَرَّةٌ قَبْل الأَجَل لِلتَّأْجِيل وَمَرَّةٌ بَعْدَ الأَجَل لِلتَّخْيِيرِ (فَإِنْ نَكَل خُيِّرَتْ لِتَأَيُّدِهَا بِالنُّكُول) أَيْ لِتَأَيُّد دَعْوَى المَرْأَة أَنَّهُ لَمْ يُجَامِعْهَا بِنُكُول الزَّوْجِ عَنْ اليَمِينِ (فَإِنْ حَلفَ لا تُخَيَّرُ) لِبُطْلان حَقِّهَا (وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فِي الأَصْل فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِه وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِه لأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ حَقِّ الفُرْقَة (فَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلكَ خِيَارٌ لأَنَّهَا رَضِيَتْ بِبُطْلان حَقِّهَا) وَكَذَلكَ إِذَا قَامَتْ مِنْ مَجْلسِهَا أَوْ أَقَامَهَا أَعْوَانُ القَاضِي أَوْ قَامَ القَاضِي قَبْل أَنْ تَخْتَارَ شَيْئًا بَطَل خِيَارُهَا لأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلة تَخْيِيرِ الزَّوْجِ امْرَأَتَهُ وَذَلكَ مُوَقَّتٌ بِالمَجْلسِ فَهَذَا مِثْلُهُ وَالتَّفْرِيقُ كَانَ لحَقِّهَا، فَإِذَا رَضِيَتْ بِالإِسْقَاط صَرِيحًا أَوْ دَلالةً بِتَأْخِيرِ الاخْتِيَارِ إِلَى أَنْ قَامَتْ أَوْ أُقِيمَتْ سَقَطَ حَقُّهَا فَلا تُطَالبُ بَعْدَ ذَلكَ بِشَيْءٍ، فَإِنْ اخْتَارَتْ الفُرْقَةَ أَمَرَ القَاضِي الزَّوْجَ أَنْ يُطَلقَهَا، فَإِنْ أَبَى فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا كَمَا مَرَّ.

وَفِي التَّأْجِيل تُعتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ وَيُحتَسَبُ بِأَيَّامِ الحَيضِ وَبِشَهرِ رَمَضَانَ لِوُجُودِ ذَلكَ فِي السَّنَةِ وَلا يُحتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا لأَنَّ السَّنَةَ قَد تَخلُو عَنهُ.

الشرح:

قَال (**وَفِي التَّأْجِيل تُعْتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ** هُوَ الصَّحِيحُ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة وَهِيَ ثَلاثُمِائَة وَأَرْبَعَةٌ وَخَمْسُونَ يَوْمًا. وَرَوَى الحَسَنُ أَنَّهُ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ الشَّمْسِيَّةُ وَهِيَ ثَلاثُمِائَة

وَخَمْسَةٌ وَسِتُّونَ يَوْمًا وَجُزْءٌ مِنْ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ اليَوْمِ وَتُحْتَسَبُ بِأَيَّامِ الحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ) يَعْنِي لا يُعَوِّضُ عَنْ أَيَّامِ الحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ الوَاقِعَةِ فِي مُدَّةِ أَيَّامِ التَّأْجِيلِ أَيَّامٌ أُخَرُ بَلْ هِيَ مَحْسُوبَةٌ مِنْ مُدَّةِ التَّأْجِيلِ وَذَلِكَ لأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَدَّرُوا مُدَّةَ التَّأْجِيلِ بِسَنَةٍ وَلَمْ يَسْتَثْنُوا مِنْهَا أَيَّامَ الحَيْضِ وَشَهْرَ رَمَضَانَ مَعَ عِلْمِهِمْ أَنَّ السَّنَةَ لا تَخْلُو عَنْهَا (وَلا يُحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا لأَنَّ السَّنَةَ قَدْ تَخْلُو عَنْهُ) أَيْ عَنْ المَرَضِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى أَيَّامِ الحَيْضِ وَشَهْرِ رَمَضَانَ وَيُعَوَّضُ لِذَلِكَ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَيْهِ فَتْوَى المَشَايِخِ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِذَا **مَرِضَ أَحَدُهُمَا مَرَضًا لا يَسْتَطِيعُ الجِمَاعُ مَعَهُ**، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ شَهْرٍ احْتُسِبَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ وَجَعَلَ لَهُ بَدَلَ مَكَانِهَا، وَكَذَلِكَ الغَيْبَةُ لأَنَّ شَهْرَ رَمَضَانَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ فِي اللَّيْلِ مَمْنُوعٌ فِي النَّهَارِ وَالنَّهَارُ بِدُونِ اللَّيْلِ يَكُونُ نِصْفَ الشَّهْرِ، فَثَبَتَ أَنَّ نِصْفَ الشَّهْرِ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ. وَعَنْهُ أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا صَحِيحَيْنِ فِي شَيْءٍ مِنَ السَّنَةِ وَلَوْ فِي يَوْمٍ يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِزَمَانِ المَرَضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ مَرَضَ أَحَدِهِمَا فِيمَا دُونَ الشَّهْرِ يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ المَرَضُ شَهْرًا لا يُحْتَسَبُ وَيُزَادُ فِي مُدَّتِهِ بِقَدْرِ مُدَّةِ المَرَضِ.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيبٌ فَلا خِيَارَ لِلزَّوجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالعُيُوبِ الخَمسَةِ وَهِيَ: الجُذَامُ وَالبَرَصُ وَالجُنُونُ وَالرَّتقُ وَالقَرنُ لأَنَّهَا تَمنَعُ الاستِيفَاءَ حِسًّا أَو طَبعًا وَالطَّبعُ مُؤَيَّدٌ بِالشَّرعِ. قَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «فِرَّ مِن المَجذُومِ فِرَارَك مِن الأَسَدِ» وَلنَا أَنَّ فَوتَ الاستِيفَاءِ أَصلا بِالمَوتِ لا يُوجِبُ الفَسخَ فَاختِلالُهُ بِهَذِهِ العُيُوبِ أَولى، وَهَذَا لأَنَّ الاستِيفَاءَ مِن الثَّمَرَاتِ وَالمُستَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ.

الشرح:

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ) **أَيَّ عَيْبٍ كَانَ** (فَلا خِيَارَ لِلزَّوْجِ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالعُيُوبِ الخَمْسَةِ وَهِيَ الجُذَامُ وَالبَرَصُ وَالجُنُونُ وَالرَّتَقُ) بِفَتْحِ التَّاءِ مَصْدَرُ قَوْلِك امْرَأَةٌ رَتْقَاءُ لا يُسْتَطَاعُ جِمَاعُهَا لارْتِتَاقِ ذَلِكَ المَوْضِعِ: أَيْ لانْسِدَادِهِ لَيْسَ لَهَا خَرْقٌ إِلا المَبَالُ (وَالقَرْنُ) بِسُكُونِ الرَّاءِ. قَالَ فِي المُغْرِبِ: وَهُوَ إِمَّا غُدَّةٌ غَلِيظَةٌ أَوْ

لَحْمَةٌ مُرْتَفِعَةٌ أَوْ عَظْمٌ تَمْنَعُ مِنْ سُلُوكِ الذَّكَرِ فِي الفَرْجِ وَامْرَأَةٌ قَرْنَاءُ بِهَا ذَلِكَ.

قَالَ: لأَنَّهَا يَعْنِي العُيُوبَ الخَمْسَةَ تَمْنَعُ الاسْتِيفَاءَ حِسًّا أَوْ طَبْعًا، أَمَّا حِسًّا فَفِي الرَّتْقِ وَالقَرْنِ، وَأَمَّا طَبْعًا فَفِي الجُذَامِ وَالبَرَصِ وَالجُنُونِ لأَنَّ الطِّبَاعَ السَّلِيمَةَ تَنْفِرُ عَنْ جِمَاعِ هَؤُلاءِ وَرُبَّمَا يَسْرِي إِلَى الأَوْلادِ وَالطَّبْعُ مُؤَيَّدٌ بِالشَّرْعِ) قَالَ ﷺ «**فِرَّ مِنْ المَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنْ الأَسَدِ**» وَلَنَا أَنَّ فَوْتَ الاسْتِيفَاءِ بِالكُلِّيَّةِ بِالمَوْتِ لا يُوجِبُ الفَسْخَ) حَتَّى لا يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنْ مَهْرِهَا، فَاخْتِلالُهُ بِهَذِهِ العُيُوبِ أَوْلَى. قِيلَ فِيهِ ضَعْفٌ لأَنَّ النِّكَاحَ مُوَقَّتٌ بِحَيَاتِهِمَا (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ هَذِهِ العُيُوبِ لا تُوجِبُ الفَسْخَ (لأَنَّ الاسْتِيفَاءَ مِنْ الثَّمَرَاتِ) وَفَوْتُ الثَّمَرَةِ لا يُؤَثِّرُ فِي العَقْدِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَوْفِ لِبَخَرٍ أَوْ ذَفَرٍ أَوْ قُرُوحٍ فَاحِشَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ وَإِنَّمَا المُسْتَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ، أَمَّا فِي الجُذَامِ وَالبَرَصِ وَالجُنُونِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي البَاقِيَيْنِ فَبِالشَّقِّ أَوْ الفَتْقِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**فِرَّ مِنْ المَجْذُومِ**» الحَدِيثَ مَحْمُولٌ عَلَى الفِرَارِ بِالطَّلاقِ، وَكَذَا مَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ عَلَى كَشْحِهَا بَيَاضًا فَرَدَّهَا» مَحْمُولٌ عَلَى الطَّلاقِ، لأَنَّهُ رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَ لَهَا: **الحَقِي بِأَهْلِكِ**» وَهَذَا مِنْ كِنَايَاتِ الطَّلاقِ، وَكَذَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ أَثْبَتَ لَهَا الخِيَارَ بِهَذِهِ العُيُوبِ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَو بَرَصٌ أَو جُذَامٌ فَلا خِيَارَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهَا الخِيَارُ) دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهَا كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، بِخِلافِ جَانِبِهِ لأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِن دَفعِ الضَّرَرِ بِالطَّلاقِ. وَلَهُمَا أَنَّ الأَصلَ عَدَمُ الخِيَارِ لِمَا فِيهِ مِن إِبطَالِ حَقِّ الزَّوجِ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ لأَنَّهُمَا يُخِلانِ بِالمَقصُودِ المَشرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ، وَهَذِهِ العُيُوبُ غَيرُ مُخِلَّةٍ بِهِ فَافتَرَقَا، وَاللهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِذَا **كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ جُذَامٌ** فَلا خِيَارَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَهَا الخِيَارُ) لأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهَا الوُصُولُ إِلَى حَقِّهَا لِمَعْنًى فِيهِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ فَتَخَيَّرُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا حَيْثُ لا طَرِيقَ لَهَا سِوَاهُ، بِخِلافِ جَانِبِهِ لأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ بِالطَّلاقِ (وَلَهُمَا أَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الخِيَارِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الزَّوْجِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ لأَنَّهُمَا يُخِلانِ بِالمَقْصُودِ المَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ) وَهُوَ

الوَطْءُ لأنَّ شَرْعِيَّةَ النِّكَاحِ لأَجْلِ الوَطْءِ (وَهَذِهِ العُيُوبُ غَيْرُ مُخلة بِهِ فَافْتَرَقَا) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ جَعَلَ المُصَنِّفُ الوَطْءَ فِيمَا إِذَا كَانَ بِالمَرْأَةِ مِنْ العُيُوبِ الخَمْسَةِ مِنْ الثَّمَرَاتِ وَلَمْ يُثْبِتْ لَهُ خِيَارَ الفَسْخِ، وَفِي مَسْأَلَةِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ جَعَلَهُ المَقْصُودَ المَشْرُوعَ لَهُ النِّكَاحُ، وَيَلزَمُ عَنْ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ المَقْصُودَ المَشْرُوعَ لَهُ النِّكَاحُ وَأَنْ لا يَكُونَ بِاعْتِبَارِ المَوْضِعَيْنِ وَذَلِكَ تَحَكُّمٌ. قُلت: هَذَا السُّؤَالُ نَشَأَ مِنْ تَفْسِيرِ المَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ بِالوَطْءِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُرَادٍ، وَإِنَّمَا المُرَادُ بِهِ التَّمَكُّنُ كَمَا تَقَدَّمَ وَهُمَا يُخِلانِ بِهِ، بِخِلافِ العُيُوبِ الثَّلاثَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب العدة

(وَإِذَا طَلَقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ طَلاقًا بَائِنًا أَو رَجعِيًّا أَو وَقَعَت الفُرقَةُ بَينَهُمَا بِغَيرِ طَلاقٍ وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّن تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلاثَةُ أَقرَاءٍ) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ **[البقرة: ٢٢٨] وَالفُرقَةُ إِذَا كَانَت بِغَيرِ طَلاقٍ فَهِيَ فِي مَعنَى الطَّلاقِ لأَنَّ العِدَّةَ وَجَبَت لِلتَّعَرُّفِ عَن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الفُرقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَهَذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا.**

الشرح:

(**بَابُ العِدَّةِ**): العِدَّةُ لَمَّا كَانَتْ أَثَرَ الفُرْقَةِ بِالطَّلاقِ وَغَيْرِهِ أَعْقَبَهَا لِذِكْرِ وُجُوهِ التَّفْرِيقِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ، لأَنَّ الأَثَرَ يَعْقُبُ المُؤَثِّرَ. **وَالعِدَّةُ** فِي اللُّغَةِ: أَيَّامُ أَقْرَاءِ المَرْأَةِ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: تَرَبُّصٌ يَلزَمُ المَرْأَةَ عِنْدَ زَوَالِ مِلكِ المُتْعَةِ مُتَأَكِّدًا بِالدُّخُولِ أَوْ الخَلوَةِ أَوْ المَوْتِ، وَهُوَ: أَيْ هَذَا الزَّوَالُ سَبَبُهَا. وَشَرْطُهَا وُقُوعُ الفُرْقَةِ. وَرُكْنُهَا حُرُمَاتٌ ثَابِتَةٌ إِلَى أَجَلٍ يَنْقَضِي وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هُوَ كَفُّ المَرْأَةِ نَفْسَهَا عَنْ أَفْعَالٍ مَحْظُورَةٍ عَلَيْهَا وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. قَالَ (وَإِذَا **طَلَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا**) وَلَمْ يَقُل وَقَدْ دَخَلَ بِهَا.

لأَنَّ قَوْلَهُ رَجْعِيًّا يُغْنِي عَنْهُ إِذْ الرَّجْعَةُ لا تَكُونُ إِلا فِي المَدْخُولِ بِهَا (أَوْ وَقَعَتْ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلاقٍ) كَخِيَارِ العِتْقِ وَخِيَارِ البُلُوغِ وَعَدَمِ الكَفَاءَةِ وَمِلكِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الآخَرَ وَالفُرْقَةِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ (وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ، فَعِدَّتُهَا ثَلاثَةُ أَقْرَاءٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾) وَهُوَ فِي عِدَّةِ الطَّلاقِ ظَاهِرُ المُرَادِ يَدُلُّ عَلَيْهَا بِعِبَارَتِهِ، وَأَمَّا الفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلاقٍ فَهِيَ فِي مَعْنَاهُ (لأَنَّ العِدَّةَ وَجَبَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الفُرْقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النِّكَاحِ وَهَذَا) أَيْ التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ

الرَّحِمِ (يَتحقَّقُ فِيهَا) أَيْ فِي الفُرْقَة بغَيْرِ طَلاق.

وَالأقراءُ الحيَضُ عِندَنَا. وَقَال الشَّافِعِي: الأَطهَارُ وَاللفظُ حَقِيقَةٌ فِيهِمَا إذ هُوَ مِن الأضدَادِ، كَذَا قَالهُ ابنُ السِّكِّيتِ وَلا يَنتَظِمُهُمَا جُملَةٌ للاشتِرَاكِ وَالحَملُ عَلى الحَيضِ أولى، إمَّا عَمَلا بِلفظِ الجَمعِ، لأنَّهُ لو حُمِلَ عَلَى الأَطهَارِ وَالطَّلاقُ يُوقَعُ فِي طُهرٍ لم يُبقِ جَمعًا، أو لأنَّهُ مُعَرِّفٌ لبَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَهُوَ المَقصُودُ، أو لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «وَعِدَّةُ الأمَةِ حَيضَتَانِ»[1] **فَيَلتَحِقُ بَيَانًا بِهِ.**

الشرح:

(وَالأَقْرَاءُ الحَيْضُ عِنْدَنَا، وَقَال الشَّافِعِيُّ: الأَطْهَارُ وَاللفْظُ حَقِيقَةٌ فِيهِمَا) فَكَانَ مِنْ الأَلفَاظِ المُشْتَرَكَة بَيْنَ الأَضْدَادِ (كَذَا قَالهُ ابْنُ السِّكِّيت، وَلا يُمْكِنُ أَنْ يَتَنَاوَلهُمَا جُمْلَةً للاشْتِرَاكِ) فَإِنَّ اللفْظَ الوَاحِدَ عِنْدَنَا لا يَدُلُّ عَلى مَعْنَيَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ حَقِيقَتَيْنِ أَوْ حَقِيقَةً وَمَجَازًا عَلى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول، وَلا بُعْدَ فِي أَنْ يَكُونَ تَعَرُّضُ المُصَنِّفِ لكَوْنِه مِنْ الأَضْدَادِ إشَارَةً إلى نَفْيِ قَوْل مَنْ يَقُولُ إنَّهُ مَجَازٌ فِي أَحَدهمَا لأَنَّهُ لا بُدَّ للمَجَازِ مِنْ مُنَاسَبَةٍ وَكَوْنُهُ مِنْ الأَضْدَادِ يَنْفِيهَا، وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا عُرِفَ فِي الأُصُول فَلا بُدَّ مِنْ الحَمْل عَلى أَحَدهمَا.

وَالحَمْلُ عَلى الحَيْضِ أَوْلى لمَعَان: أَحَدُهُمَا العَمَلُ بِلفْظِ الجَمْعِ: يَعْنِي القُرُوءَ فَإِنَّهُ جَمْعُ قُرْءٍ بِالفَتْحِ وَالضَّمِّ، وَوَجْهُهُ أَنَّ أَقَل الجَمْعِ ثَلاثَةٌ، وَذَلكَ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الحَمْل عَلى الحَيْضِ لا عَلى الطُّهْرِ لمَا أَنَّ الطَّلاقَ يُوقَعُ فِي طُهْرٍ وَهُوَ السُّنَّةُ، ثُمَّ هُوَ مَحْسُوبٌ عَنْ الأَقْرَاءِ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بالأَطْهَارِ فَيَكُونُ حِينَئِذ مُدَّةُ عِدَّتهَا قُرْأَيْنِ وَبَعْضَ الثَّالث، وَلفْظُ الثَّلاثَة فِي قَوْله تَعَالى ﴿ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ خَاصٌّ لكَوْنِه وُضِعَ لمَعْنًى مَعْلُومٍ عَلى الانْفِرَاد، وَهُوَ لا يَحْتَمِلُ النُّقْصَانَ، وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا عُرِفَ فِي الأُصُول وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الأَنْوَارِ وَالتَّقْرِير، بِخِلاف مَا لوْ أُرِيدَ بِالقُرُوءِ الحَيْضُ فَإِنَّهُ يُكْملُ ثَلاثًا.

وَالثَّانِي أَنَّ الحَيْضَ مُعَرِّفٌ لبَرَاءَة الرَّحِمِ لأَنَّ بَرَاءَتَهَا إنَّمَا تَظْهَرُ بِالحَيْضِ لا بِالطُّهْرِ، لمَا أَنَّ الحَمْل طُهْرٌ مُمْتَدٌّ فَيَجْتَمِعَان فَلا يَحْصُلُ التَّعَرُّفُ بِأَنَّهَا حَاملٌ أَوْ حَائلٌ وَهُوَ أَيْ التَّعَرُّفُ هُوَ المَقْصُودُ. وَالثَّالثُ قَوْلُهُ ﷺ «**وَعِدَّةُ الأَمَة حَيْضَتَان**» وَالرِّقُّ إنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي

---

(١) سبق تخريجه.

التَّنْصِيفِ لا فِي النَّقْل مِنْ الطُّهْرِ إلى الحَيْضِ فَيُلحَقُ بَيَانًا بِهِ: أَيْ فَيُلحَقُ هَذَا الخَبَرُ بِالْمُشْتَرَكِ مِنْ الكِتَابِ بَيَانًا.

(وَإِن كَانَت لا تَحِيضُ مِن صِغَرٍ أَو كِبَرٍ فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أَشهُرٍ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ ﴾ **[الطلاق: ٤] (وَكَذَا التِي بَلَغَت بِالسِّنِّ وَلَم تَحِض) بِآخِرِ الآيَةِ.**

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ) لقَوْلِه تَعَالى ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾ (وَكَذَا التِي بَلغَتْ بِالسِّنِّ) أَيْ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً بِآخِرِ الآيَةِ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾ عَطَفَ اللائِي لَمْ يَحِضْنَ عَلى اللائِي يَئِسْنَ وَجَعَل لهُمَا خَبَرًا وَاحِدًا، وَفِي هَذَا دَلالةٌ ظَاهِرَةٌ عَلى أَنَّ الأَصْل فِي العِدَّة الحَيْضُ وَالشُّهُورُ بَدَلٌ عَنْهَا، حَيْثُ جَعَل الأَشْهُرَ عِدَّةً بِشَرْطِ عَدَمِ الحَيْضِ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [النساء:٤٣].

(وَإِن كَانَت حَامِلا فَعِدَّتُهَا أَن تَضَعَ حَملهَا) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾ **[الطلاق: ٤] (وَإِن كَانَت أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيضَتَانِ) لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «طَلاقُ الأَمَةِ تَطلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيضَتَانِ» وَلأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ وَالحَيضَةُ لا تَتَجَزَّأُ فَكُمِّلَت فَصَارَت حَيضَتَينِ، وَإِليهِ أَشَارَ عُمَرُ بِقَولِهِ: لو استَطَعتُ لجَعَلتُهَا حَيضَةً وَنِصفًا (وَإِن كَانَت لا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهرٌ وَنِصفٌ) لأَنَّهُ مُتَجَزِّئٌ فَأَمكَنَ تَنصِيفُهُ عَمَلا بِالرِّقِّ.**

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلهَا لقَوْله تَعَالى ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤]) وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً) ظَاهِرٌ.

(وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ أَربَعَةُ أَشهُرٍ وَعَشرٍ) لقَولِهِ تَعَالى وَيَذَرُونَ أَزوَاجًا يَتَرَبَّصنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَربَعَةَ أَشهُرٍ وَعَشرًا (وَعِدَّةُ الأَمَةِ شَهرَانِ وَخَمسَةُ أَيَّامٍ) لأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاة أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ لقَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلَّذِينَ

يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤]) نَسَخَ قَوْله تَعَالى ﴿ وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ [البقرة: ٢٤٠] وَاسْتَدَل عَلَيْه بِمَا رُوِيَ «أَنَّ المُتَوفَّى عَنْهَا زَوْجُها جَاءَتْ إلى رَسُول الله ﷺ تَسْتَأْذِنُهُ في الاكْتِحَال، فَقَال ﷺ: **كَانَتْ إحْدَاكُنَّ في الجَاهليَّة إذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا قَعَدَتْ في شَرِّ أَحْلاسِهَا في بَيْتِهَا حَوْلا ثُمَّ خَرَجَتْ فَرَمَتْ كَلْبَةً بِبَعْرَة أَفَلا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**» فَسَقَطَ اسْتِدْلالُ مَنْ يَقُولُ لَهَا عِدَّتَان طُوليٌّ وَهِيَ الحَوْلُ وَالقَصْرِيُّ وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُر وَعَشْرًا، وَإِنَّ الأُولى هِيَ العِدَّةُ الكَامِلةُ وَإِنَّ الثَّانِيَةَ رُخْصَةٌ (**وَعِدَّةُ الأَمَة** شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ) لَمَا عُرِفَ غَيْرَ مَرَّةٍ أَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ.

(وَإِن كَانَت حَامِلا فَعِدَّتُهَا أَن تَضَعَ حَملهَا) لإِطلاقِ قَوله تَعَالى ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ **وَقَال عَبدُ اللهِ بنُ مَسعُودٍ: مَن شَاءَ بَاهَلتُهُ أَنَّ سُورَةَ النِّسَاءِ القُصرَى نَزَلَت بَعدَ الآيَةِ التِي فِي سُورَةِ البَقَرَةِ. وَقَال عُمَرُ: لَو وَضَعَت وَزَوجُهَا عَلَى سَرِيرِهِ لانقَضَت عِدَّتُهَا وَحَل لهَا أَن تَتَزَوَّجَ.**

الشرح:

(وَإِنْ **كَانَتْ حَاملا فَعدَّتُهَا** أَنْ تَضَعَ حَمْلهَا لإِطْلاق قَوْله تَعَالى ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾) وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ الله عَنْهُمَا وَكَانَ عَليٌّ يَقُولُ: تَعْتَدُّ بِأَبْعَد الأَجَليْنِ، إِمَّا بِوَضْعِ الحَمْل وَإِمَّا بِأَرْبَعَة أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ أَيُّهُمَا كَانَ أَبْعَدَ، لأَنَّ قَوْله تَعَالى ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ الآيَةَ، يَقْتَضِي الاعْتِدَادَ بِوَضْعِ الحَمْل، وَقَوْلُهُ ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ﴾ يُوجِبُ الاعْتِدَادَ بِأَرْبَعَة أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا احْتِيَاطًا (وَقُلنَا: قَال عَبْدُ الله بْنُ مَسْعُود: مَنْ شَاءَ بَاهَلته أَنَّ سُورَةَ النِّسَاءِ القُصْرَى يَعْنِي سُورَةَ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ إلى آخرِهَا نَزَلتْ بَعْدَ التي في سُورَةِ البَقَرَةِ) يُريدُ أَنَّ قَوْله تَعَالى ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ مُتَأَخِّرٌ عَنْ قَوْله ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ﴾ فَيَكُونُ نَاسِخًا فِي ذَوَاتِ الأَحْمَال (وَقَال عُمَرُ: لوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلى سَرِيرِه لانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَحَل لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ).

(وَإِذَا وَرِثَت المُطَلقَةُ فِي المَرَضِ فَعِدَّتُهَا أَبعَدُ الأَجلَينِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: وَقَال أَبُو يُوسُفَ: ثَلاثُ حِيَضٍ، وَمَعنَاهُ إِذَا كَانَ الطَّلاقُ بَائِنًا أَو ثَلاثًا، أَمَّا إِذَا

كَانَ رَجعِيًّا فَعَلَيهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ بِالإجمَاعِ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النِّكَاحَ قَد انقَطَعَ قَبل المَوتِ بِالطَّلاقِ وَلزِمَتهَا ثَلاثُ حِيَضٍ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عِدَّةُ الوَفَاةِ إِذَا زَال النِّكَاحُ فِي الوَفَاةِ إِلا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرثِ لا فِي حَقِّ تَغَيُّرِ العِدَّةِ، بِخِلافِ الرَّجعِيِّ لأَنَّ النِّكَاحَ بَاقٍ مِن كُل وَجهٍ. وَلهُمَا أَنَّهُ لمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرثِ يُجعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ العِدَّةِ احتِيَاطًا فَيُجمَعُ بَينَهُمَا.

الشرح:

وَإِذَا وَرِثَتْ **المُطَلَّقَةُ فِي المَرَضِ فَعِدَّتُهَا** أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ) عِدَّةُ المُطَلَّقَة بِطَلَاق الفَارِّ إِذَا كَانَ بَائِنًا أَوْ ثَلاثًا أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ أَنْ تَعْتَدَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فِيهَا ثَلاثُ حِيَضٍ، حَتَّى لوْ اعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا وَلَمْ تَحِضْ كَانَتْ فِي العِدَّة مَا لَمْ تَحِضْ ثَلاثَ حِيَضٍ وَلَوْ **حَاضَتْ ثَلاثَ حِيَضٍ قَبْل تَمَامِ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ** لا تَنْقَضِي عِدَّتُهَا حَتَّى تَتِمَّ المُدَّةُ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: ثَلاثُ حِيَضٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ رَجْعِيًّا فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الوَفَاة بِالإِجْمَاعِ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النِّكَاحَ قَدْ انْقَطَعَ قَبْل المَوْت بِالطَّلَاق) لأَنَّ الكَلامَ فِي الطَّلَاق البَائِنِ وَهُوَ قَاطِعٌ للنِّكَاحِ بِلا خِلاف، **وَمَنْ انْقَطَعَ نِكَاحُهَا بِالطَّلَاق** لزِمَهَا ثَلاثُ حِيَضٍ لأَنَّ عِدَّةَ الوَفَاة مُخْتَصَّةٌ بِمَنْ زَال نِكَاحُهَا بِالوَفَاة وَهَذه لَيْسَتْ كَذَلكَ. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لمَا بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْث.

أَجَابَ بِقَوْله إِلا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْث: يَعْنِي بِالدَّليل الدَّال عَلى تَوْرِيثِهَا (لا فِي حَقِّ تَغْيِيرِ العِدَّة، بِخِلاف الطَّلَاق الرَّجْعِيِّ لأَنَّ النِّكَاحَ بَاقٍ مِنْ كُل وَجْه) لمَا تَقَدَّمَ (وَلهُمَا أَنَّهُ لمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْث يُجْعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ العِدَّة) وَبَيَانُ المُلازَمَة بِقَوْله (احْتِيَاطًا) بَيَانُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَعْطَيْنَاهَا المِيرَاثَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ النِّكَاحَ بِمَنْزِلة القَائِمِ بَيْنَهُمَا حُكْمًا إِلى وَقْت المَوْت. أَوْ بِاعْتِبَارِ إِقَامَة العِدَّة مَقَامَ أَصْل النِّكَاحِ حُكْمًا، إِذْ لا بُدَّ للمِيرَاث مِنْ قِيَامِ السَّبَب عِنْدَ المَوْت، وَالمِيرَاثُ لا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ وَالعِدَّةُ تَجِبُ بِه، فَإِذَا جُعِل النِّكَاحُ فِي حُكْمِ المِيرَاث كَالمُنْتَهِي بِالمَوْت حُكْمًا فَفِي حُكْمِ العِدَّة أَوْلى، وَسَبَبُ وُجُوب العِدَّة عَلَيْهَا بِالحَيْضِ مُتَقَرِّرٌ حَقِيقَةً فَأَلزَمْنَاهَا الجَمْعَ بَيْنَهُمَا احْتِيَاطًا.

وَلو قُتِل عَلى رِدَّتِهِ حَتَّى وَرِثَتهُ امرَأَةُ فَعِدَّتُهَا عَلى هَذَا الاختِلافِ. وَقِيل عِدَّتُهَا بِالحَيضِ بِالإِجمَاعِ لأَنَّ النِّكَاحَ حِينَئِذٍ مَا أُعتُبِرَ بَاقِيًا إِلى وَقتِ المَوتِ فِي حَقِّ الإِرثِ لأَنَّ المُسلمَةَ لا تَرِثُ مِن الكَافِرِ (فَإِذَا عَتَقَت الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِن طَلَاقٍ رَجعِيٍّ انتَقَلت عِدَّتُهَا

إلى عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لقِيَامِ النِّكَاحِ مِن كُل وَجهٍ (وَإن أعتقَت وَهِيَ مَبتُوتَةٌ أو مُتَوَفًّى عَنهَا زَوجُهَا لم تَنتَقِل عِدَّتُهَا إلى عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لزَوَال النِّكَاحِ بِالبَينُونَةِ أو المَوتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ قُتل عَلى رِدَّته) جَوابٌ عَمَّا اسْتَدَل به أَبُو يُوسُفَ فَقَال: أَلا تَرَى أَنَّ **المُرْتَدَّ إذَا مَاتَ أَوْ قُتل على رِدَّته** تَرِثُهُ زَوْجَتُهُ المُسْلمَةُ وَلَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ بالإجْمَاعِ لأَنَّ زَوَال النِّكَاحِ كَانَ برِدَّته لا بمَوْته فَكَذَلكَ زَوَالُ النِّكَاحِ هَاهُنَا بالطَّلاقِ البَائِنِ لا بالمَوْت. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلكَ أَيْضًا عَلى هَذَا الاخْتلاف عِنْدَهُمَا تَعْتَدُّ بأَبْعَد الأَجَليْنِ فَلا يَنْهَضُ دَليلا.

وَقِيل عِدَّتُهَا بالحَيْضِ بالإجْمَاعِ وَعُذْرُهُمَا عَنْ ذَاكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب أَنَّ النِّكَاحَ مَا اُعْتُبِرَ بَاقِيًا إلى وَقْتِ المَوْتِ فِي حَقِّ الإرْث لأَنَّهَا عِنْدَهُ مُسْلمَةٌ، وَالمُسْلمَةُ لا تَرِثُ الكَافِرَ وَلَكنْ يَسْتَنِدُ اسْتِحْقَاقُ المِيرَاث إلى وَقْت الرِّدَّة، وَبذَلكَ السَّبَب لزِمَتْهَا العِدَّةُ بالحَيْضِ فَلا يَلزَمُهَا عِدَّةُ الوَفَاة، وَهَاهُنَا اسْتِحْقَاقُ المِيرَاث عِنْدَ المَوْت لا عِنْدَ الطَّلاق، فَعَرَفْنَا أَنَّ النِّكَاحَ كَالقَائِم بَيْنَهُمَا إلى وَقْت المَوْت حُكْمًا.

وَقَوْلُهُ (**فَإِذَا عَتَقَتْ الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا**) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بأَنَّ العِدَّةَ حُكْمُ زَوَال الزَّوْجِيَّةِ، وَحُكْمُ الزَّوَال يَثْبُتُ عِنْدَ الزَّوَال فَيَنْبَغِي أَنْ لا تَتَحَوَّل العِدَّةُ فِي الرَّجْعِيِّ أَيْضًا لأَنَّهَا عِنْدَ الزَّوَال أَمَةٌ وَلهَذَا تَعْتَدُّ مِنْ وَقْت الطَّلاق. وَأُجِيبَ بأَنَّهَا إنَّمَا تَحَوَّلتْ لأَنَّ سَبَبَهَا وَهُوَ الزَّوَالُ مُتَرَدِّدٌ فَكَانَتْ مُتَرَدِّدَةً لتَرَدُّد سَبَبهَا فَتَغَيَّرَتْ، وَلهَذَا تَحَوَّلتْ بالمَوْت مِنْ الأَقْرَاءِ إلى الشُّهُور، بخلاف البَائِنِ فَإِنَّ سَبَبَهُ لَيْسَ بمُتَرَدِّد فَلمْ تَتَحَوَّل العِدَّةُ بالعتْق.

(وَإن كَانَت آيِسَةً فَاعتَدَّت بِالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَت الدَّمَ انتَقَضَ مَا مَضَى مِن عِدَّتِهَا وَعَلَيهَا أن تَستَأنِفَ العِدَّةَ بِالحَيضِ) وَمَعنَاهُ إذَا رَأَت الدَّمَ عَلى العَادَةِ لأَنَّ عَودَهَا يُبطِلُ الإِيَاسَ هُوَ الصَّحِيحُ، فَظَهَرَ أَنَّهُ لم يَكُن خَلفًا وَهَذَا لأَنَّ شَرطَ الخَلفِيَّةِ تَحَقُّقُ اليَأسِ وَذَلكَ بِاستِدَامَةِ العَجزِ إلى المَمَاتِ كَالفِديَةِ فِي حَقِّ الشَّيخِ الفَانِي.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ **كَانَتْ** آيِسَةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا رَأَتْ عَلى العَادَة) يَعْنِي إنْ رَأَتْ دَمًا سَائِلا، وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ إبْرَاهِيمَ المَيْدَانِيُّ يَقُولُ: إذَا رَأَتْ **دَمًا سَائِلا كَمَا كَانَتْ**

تَرَاهُ فِي زَمَانِ حَيْضِهَا فَهُوَ حَيْضٌ، وَإِنْ رَأَتْ بِلَّةً يَسِيرَةً لَمْ تَكُنْ حَيْضًا بَل ذَلكَ مِنْ نَتْنِ الرَّحِمِ فَكَانَ فَاسِدًا لا يَتَعَلقُ بِهِ حُكْمُ الحَيْضِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ عَوْدَهَا يُبْطِلُ الإِيَاسَ هُوَ الصَّحِيحُ) قَيَّدَ بِالصَّحِيحِ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ فَإِنَّهُ كَانَ يَقُولُ هَذَا إِذَا لَمْ يُحْكَمْ بِإِيَاسِهَا، فَأَمَّا إِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ عَنْهَا زَمَانًا حَتَّى حُكِمَ بِإِيَاسِهَا وَكَانَتْ ابْنَةَ تِسْعِينَ سَنَةً أَوْ نَحْوَهَا فَرَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ ذَلكَ لَمْ يَكُنْ حَيْضًا.

(وَلو حَاضَت حَيضَتَينِ ثُمَّ أَيِسَت تَعتَدُّ بِالشُّهُورِ) تَحَرُّزًا عَن الجَمعِ بَينَ البَدَلِ وَالمُبدَلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (تَحَرُّزًا عَنْ الجَمْعِ بَيْنَ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ) مَنْقُوضٌ بِمَنْ **صَلى بِوُضُوءٍ ثُمَّ سَبَقَهُ الحَدَثُ وَلَمْ يَجِدْ مَاءً** فَإِنَّهُ يَبْنِي التَّيَمُّمَ، وَكَذَلكَ إِذَا **عَجَزَ عَنْ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ** يُومِئُ، وَفِي ذَلكَ جَمْعٌ بَيْنَ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ البَدَلِيَّةَ إِمَّا أَنْ تُعْتَبَرَ فِي الصَّلاةِ أَوْ فِي الطَّهَارَةِ، وَكِلاهُمَا غَيْرُ صَحِيحٍ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ الصَّلاةَ بِالتَّيَمُّمِ لَيْسَتْ بِبَدَلٍ عَنْ الصَّلاةِ بِالوُضُوءِ، وَكَذَلكَ الصَّلاةُ بِالإِيمَاءِ لَيْسَتْ بِبَدَلٍ عَنْ الصَّلاةِ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ لأَنَّ بَعْضَ الشَّيْءِ لا يَكُونُ بَدَلا عَنْ كُلهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ الطَّهَارَةَ وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا البَدَلِيَّةُ لكِنْ لا جَمْعَ بَيْنَهُمَا لأَنَّ إِحْدَى الطَّهَارَتَيْنِ لا تَكْمُلُ بِالأُخْرَى. وَأَمَّا **العِدَّةُ بِالشُّهُورِ** فَبَدَلٌ عَنْ الحَيْضِ وَإِكْمَالُ البَدَلِ بِالأَصْلِ جَمْعٌ بَيْنَهُمَا.

(وَالمَنكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالمَوطُوءَةُ بِشُبهَةٍ عِدَّتُهُمَا الحَيضُ فِي الفُرقَةِ وَالمَوتِ) لأَنَّهَا لِلتَّعَرُّفِ عَن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لا لقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَالحَيضُ هُوَ المُعَرِّفُ.

الشرح:

قَال (**وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا**) كَالْمَنْكُوحَةِ بِغَيْرِ شُهُودٍ بِاتِّفَاقِ عُلمَائِنَا، وَالْمُحَرَّمِ إِذَا نَكَحَهَا الْمُحَرَّمُ عَالمًا بِحُرْمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (**وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ**) **وَهِيَ التِي زُفَّتْ إِلى غَيْرِ زَوْجِهَا فَوَطِئَهَا** (عِدَّتُهُمَا الحَيْضُ فِي الفُرْقَةِ وَالمَوْتِ جَمِيعًا لأَنَّهَا) أَيْ لأَنَّ عِدَّتَهَا (لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لا لقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ) إِذْ لا حَقَّ لِلنِّكَاحِ الفَاسِدِ وَالوَطْءِ بِشُبْهَةٍ (وَالحَيْضُ هُوَ الْمُعَرِّفُ) وَلا تَفْرِقَةَ فِي ذَلكَ بَيْنَ الفُرْقَةِ وَالمَوْتِ.

فَإِنْ قِيل: فَعَلى هَذَا وَجَبَ أَنْ يُكْتَفَى بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ شَهْرٍ كَمَا فِي الاسْتِبْرَاءِ

وَلَيْسَ كَذَلِكَ؟

أُجيبَ بأَنَّهَا إنَّمَا كَانَتْ ثَلاثَ حيَضٍ إلحَاقًا للشُّبْهَة بالحَقيقَة، فَإنَّ أَحْكَامَ العَقْد الفَاسد أَبدًا يُؤْخَذُ منْ حُكْمِ الصَّحيحِ كَمَا في البَيْعِ الفَاسد وَالإجَارَة الفَاسدَة فإنَّهُمَا يُفيدَان إفَادَةَ الصَّحيحِ، غَيْرَ أَنَّ ثُبوتَ الملك يَتوَقَّفُ عَلى القَبْضِ لوَهَاءٍ فيه وَلذَلكَ يَثْبُتُ أَجْرُ المثْل دُونَ المُسَمَّى كَذَلكَ، وَهَاهُنَا أَيْضًا لَمْ تَثْبُتْ عدَّةُ الوَفَاة لوَهَاء فيه، فَإنَّ عدَّةَ الوَفَاة لزيَادَة إظْهَارِ التَّأَسُّف لفَوَات نعْمَة النِّكَاحِ، وَالنِّعْمَةُ في النِّكَاحِ الصَّحيحِ دُونَ الفَاسد فَلذَلكَ اخْتَصَّتْ بالصَّحيحِ، وَلَكنْ لَمَّا كَانَ فيه جهَةُ النِّكَاحِ أُلحقَ بالصَّحيحِ في اعْتبَارِ مُدَّة العدَّة احْتيَاطًا.

(وإذَا مَاتَ مَولى أمِّ الوَلدِ عَنهَا أو أعتقَهَا فعِدَّتُهَا ثلاثُ حِيَضٍ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: حَيضَةٌ واحِدَةٌ) لأنَّهَا تَجِبُ بزَوَال مِلكِ اليَمِينِ فَشَابَهَت الاستبرَاءَ. وَلنَا أنَّهَا وَجَبَت بزَوَال الفِرَاشِ فَأَشبَهَ عِدَّةَ النِّكَاحِ ثُمَّ إمَامُنَا فِيهِ عُمَرُ فَإنَّهُ قَال: عِدَّةُ أمِّ الوَلدِ ثلاثُ حِيَضٍ (وَلو كَانَت مِمَّن لا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثلاثَةُ أشهرٍ) كَمَا فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

(وَإذَا مَاتَ مَوْلى أُمِّ الوَلد عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعدَّتُهَا ثَلاثُ حيَضٍ. وَقَال الشَّافعيُّ: حَيْضَةٌ وَاحدَةٌ) وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَال عَدَمُهَا أَثَرُ ملك اليَمين (لأَنَّهَا تَجبُ بزَوَاله وَكَانَ كَالاسْتبْرَاء) وَلهَذَا لا تَخْتَلفُ بالحَيَاة وَالوَفَاة (وَلنَا أَنَّهَا أَثَرُ زَوَال الفرَاشِ) لأَنَّهَا تَجبُ به فَكَانَتْ كَعدَّة النِّكَاحِ وَفيمَا لا يُكْتَفَى بحَيْضَة وَاحدَة. وَالقيَاسُ عَلى الاسْتبْرَاء ضَعيفٌ لأَنَّ سَبَبَهُ اسْتحْدَاثُ الملك وَسَبَبُهَا زَوَالُ الفرَاشِ وَلا مُنَاسَبَةَ بَيْنَهُمَا، وَإمَامُنَا فيه عُمَرُ رَضيَ اللهُ عَنْهُ فَإنَّهُ قَال: عدَّةُ أُمِّ الوَلد ثَلاثُ حيَضٍ، وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عَليٍّ وَابْنِ مَسْعُود (وَإنْ كَانَتْ ممَّنْ لا تَحيضُ فَعدَّتُهَا ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ كَمَا في النِّكَاحِ).

(وَإذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَن امرَأتِهِ وَبِهَا حَبَلٌ فَعِدَّتُهَا أن تَضَعَ حَملَهَا) وَهَذَا عِندَ أبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أبُو يُوسُفَ: عِدَّتُهَا أربَعَةُ أشهُرٍ وَعَشرٍ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لأنَّ الحَمل ليسَ بِثَابِتِ النَّسَبِ مِنهُ فَصَارَ كَالحَادِثِ بَعدَ المَوتِ. وَلهُمَا إطلاقُ قَوله تَعَالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وَلأنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِمُدَّةِ وَضعِ الحَمل فِي أولاتِ الأحمَال قَصُرَت المُدَّةُ أو طَالت لا للتَّعَرُّفِ عَن فَرَاغِ الرَّحِمِ لشَرعِهَا بِالأشهُرِ مَعَ

وُجُودِ الأَقرَاءِ، لكِن لقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَهَذَا المَعنَى يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِن لم يَكُن الحَملُ مِنهُ، بِخِلافِ الحَمل الحَادِثِ لأَنَّهُ وَجبَت العِدَّةُ بِالشُّهُورِ فَلا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الحَمل، وَفِيمَا نَحنُ فِيهِ كَمَا وَجَبَت وَجبَت مُقَدَّرَةً بِمُدَّةِ الحَمل فَافتَرَقَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنْ امْرَأَته) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَالحَادِث بَعْدَ المَوْت) يَعْنِي بِأَنْ تَضَعَ بَعْدَ المَوْت لستَّة أَشْهُرٍ فَصَاعدًا منْ يَوْمِ المَوْت عنْدَ عَامَّة المَشَايخِ. وَقَال بَعْضُهُمْ: أَنْ يَأْتِيَ لأَكْثَرَ منْ سَنَتَيْن. قَال فِي النِّهَايَة: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وَتَفْسيرُ قيَامِ الحَبَل عنْدَ المَوْت أَنْ تَلدَ لأَقَل منْ ستَّة أَشْهُرٍ منْ وَقْت المَوْت كَذَا فِي الفَوَائد الظَّهِيرِيَّة.

(وَلهُمَا قَوْله تَعَالى ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾) منْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحَمْلُ منَ الزَّوْجِ أَوْ منْ غَيْرِه فِي عدَّة الطَّلاق أَوْ الوَفَاة. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ) دَليلٌ مَعْقُولٌ لهُمَا. وَتَقْرِيرُهُ: عدَّةُ الوَفَاة مُقَدَّرَةٌ بمُدَّة وَضْع الحَمْل فِي أُولات الأَحْمَال قَصُرَتْ المُدَّةُ أَوْ طَالتْ لقَضَاء حَقِّ النِّكَاحِ لا للتَّعَرُّف عَنْ فَرَاغ الرَّحمِ وَهَذه مُقَدَّمَةٌ. وَهَذَا المَعْنَى يَعْنِي قَضَاءَ حَقِّ النِّكَاحِ يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِنْ لمْ يَكُنْ الحَمْلُ منْهُ وَهَذه أُخْرَى وَهِيَ وَاضحَةٌ، وَبَيَّنَ الأُولى بقَوْله (لشَرْعهَا) أَيْ لشَرْع عدَّة الوَفَاة بالأَشْهُر مَعَ وُجُود الأَقْرَاء: يَعْنِي لوْ كَانَتْ للتَّعَرُّف عَنْ فَرَاغِ الرَّحمِ لمْ تُشْرَعْ بالأَشْهُر لأَنَّ الحَيْضَ هُوَ المُعَرِّفُ عَلى مَا مَرَّ، وَفيه بَحْثٌ لأَنَّ الضَّميرَ فِي قَوْله لشَرْعهَا إمَّا أَنْ يَعُودَ إلى عدَّة الوَفَاة فِي أُولات الأَحْمَال أَوْ إليْهَا مُطْلقًا، وَلا سَبيل إلى الأَوَّل لأَنَّ الحَامل لا تَحيضُ عنْدَنَا وَلا إلى الثَّاني لأَنَّ المُدَّعَى عدَّةُ الوَفَاة فِي الحَامل، وَلا يَلزَمُ منْ أَنْ لا يَكُونَ للتَّعَرُّف عَنْ فَرَاغ الرَّحمِ فِي غَيْر الحَامل أَنْ لا يَكُونَ لهُ فيهَا لأَنَّ نَفْسَ وَضْعِ الحَمْل يَدُلُّ عَلى فَرَاغ الرَّحمِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الضَّميرَ يَعُودُ إلى عدَّة الوَفَاة مُطْلقًا: يَعْني أَنَّ عدَّةَ الوَفَاة شُرعَتْ لقَضَاء حَقِّ النِّكَاحِ لا للتَّعَرُّف لا فِي أُولات الأَحْمَال وَلا فِي غَيْرهَا لأَنَّهَا شُرعَتْ بالأَشْهُر مَعَ وُجُود الأَقْرَاءِ المُعَرِّفَة، وَالدَّليلُ إذَا كَانَ أَعَمَّ منْ المَدْلُول كَانَ أَتَمَّ فَائدَةً، وَكَوْنُ نَفْسِ وَضْعِ الحَمْل يَدُلُّ عَلى فَرَاغِ الرَّحمِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَعَدَمُ الاعْتبَار لَيْسَ اعْتبَارَ العَدَمِ كَمَا عُرفَ.

وَقَوْلُهُ (بخلاف الحَمْل) جَوَابٌ عَنْ قَوْله فَصَارَ كَالحَادث بَعْدَ المَوْت: يَعْني إنَّمَا

كَانَتْ عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ لأَنَّا حَكَمْنَا بِفَرَاغِ رَحِمِهَا عِنْدَ المَوْتِ وَالتَزَمْنَا العِدَّةَ بِالشُّهُورِ حَقًّا لِلنِّكَاحِ بِآيَةِ التَّرَبُّصِ (فَلا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الحَمْلِ.

وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَمَا وَجَبَتْ العِدَّةُ وَجَبَتْ مُقَدَّرَةً بِمُدَّةِ الحَمْلِ) لأَنَّهَا عِدَّةُ أُولاتِ الأَحْمَالِ بِالنَّصِّ (فَافْتَرَقَا) أَيْ الحَمْلُ القَائِمُ عِنْدَ المَوْتِ وَالحَادِثُ بَعْدَهُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَلَمْ تَكُنْ المَرْأَةُ حَامِلا فَقَدْ أَلزَمْنَاهَا العِدَّةَ بِالشُّهُورِ، ثُمَّ إِذَا ظَهَرَ الحَمْلُ تَكُونُ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ فَقَدْ تَغَيَّرَتْ العِدَّةُ بِحُدُوثِ الحَمْلِ أَجَابَ بِقَوْلِهِ

وَلا يَلزَمُ امرَأَةُ الكَبِيرِ إِذَا حَدَثَ لَهَا الحَبَلُ بَعدَ المَوتِ لأَنَّ النَّسَبَ يَثبُتُ مِنهُ فَكَانَ كَالقَائِمِ عِندَ المَوتِ حُكمًا (وَلا يَثبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ فِي الوَجهَينِ) لأَنَّ الصَّبِيَّ لا مَاءَ لَهُ فَلا يُتَصَوَّرُ مِنهُ العُلُوقُ، وَالنِّكَاحُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي مَوضِعِ التَّصَوُّرِ.

الشرح:

(وَلا يَلزَمُ امْرَأَةَ الكَبِيرِ إِذَا حَدَثَ بِهَا الحَبَلُ بَعْدَ المَوْتِ لأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مِنْهُ فَكَانَ) أَيْ الحَمْلُ (كَالقَائِمِ عِنْدَ المَوْتِ حُكْمًا) تَبَعًا لِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ آخَرَ وَهُوَ ثُبُوتُ النَّسَبِ لأَنَّ النَّسَبَ بِلا حَمْلٍ لا يَثْبُتُ وَحَيْثُ ثَبَتَ هَاهُنَا لا بُدَّ لَهُ مِنْ حَمْلٍ فَجَعَلْنَاهُ كَالقَائِمِ حُكْمًا، وَفِي امْرَأَةِ الصَّغِيرِ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى جَعْلِ الحَمْلِ قَائِمًا عِنْدَ المَوْتِ فَكَانَ الحَمْلُ مُضَافًا إِلَى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ وَكَانَ ابْتِدَاءُ عِدَّتِهَا بِالأَشْهُرِ لا مَحَالَةَ (وَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي وَجْهَيْ مَسْأَلَةِ الصَّغِيرِ وَهُمَا وَجْهُ القَائِمِ عِنْدَ المَوْتِ، وَوَجْهُ الحَادِثِ بَعْدَهُ (لأَنَّ الصَّبِيَّ لا مَاءَ لَهُ فَلا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ العُلُوقُ) فَإِنْ قِيلَ: النِّكَاحُ مَوْجُودٌ فَيُقَامُ مَقَامَ المَاءِ «قَوْلِهِ ﷺ **الوَلَدُ لِلفِرَاشِ**» أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنِّكَاحُ يُقَامُ مَقَامَهُ) أَيْ مَقَامَ المَاءِ (فِي مَوْضِعِ التَّصَوُّرِ).

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيضِ لَم تَعتَدَّ بِالحَيضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلاقُ) لأَنَّ العِدَّةَ مُقَدَّرَةٌ بِثَلاثِ حِيَضٍ كَوَامِلَ فَلا يَنقُصُ عَنهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا وُطِئَت المُعتَدَّةُ بِشُبهَةٍ فَعَلَيهَا عِدَّةٌ أُخرَى وَتَدَاخَلَت العِدَّتَانِ، وَيَكُونُ مَا تَرَاهُ المَرأَةُ مِن الحَيضِ مُحتَسَبًا مِنهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا انقَضَت العِدَّةُ الأُولَى وَلَم تُكمِل الثَّانِيَةَ

فَعَلَيهَا تَمَامُ العِدَّةِ الثَّانِيَةِ) وَهَذَا عِندَنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا تَتَدَاخَلانِ لأنَّ المَقصُودَ هُوَ العِبَادَةُ فإِنَّهَا عِبَادَةُ كَفٌّ عَن التَّزَوُّجِ وَالخُرُوجِ فَلا تَتَدَاخَلانِ كَالصَّومَينِ فِي يَومٍ وَاحِدٍ وَلَنَا أنَّ المَقصُودَ التَّعَرُّفُ عَن فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَد حَصَل بِالوَاحِدَةِ فَتَتَدَاخَلانِ، وَمَعنَى العِبَادَةِ تَابِعٌ، ألا تَرَى أَنَّهَا تَنقَضِي بِدُونِ عِلمِهَا وَمَعَ تَركِهَا الكَفَّ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا وُطِئَتْ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ) إِذَا وَجَبَتْ عَلَى المَرْأَةِ عِدَّتَانِ: فَإِمَّا أَنْ تَكُونَا مِنْ رَجُلَيْنِ، أَوْ مِنْ رَجُلٍ وَاحِد، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَمَا إِذَا طَلَقَهَا ثَلاثًا فَتَزَوَّجَهَا فِي العِدَّة وَوَطِئَهَا أَوْ وَطِئَ المُطَلَقَةَ ثَلاثًا وَقَال ظَنَنْت أَنَّهَا لا تَحِلُّ لِي أَوْ طَلقَهَا بِأَلفَاظِ الكِنَايَةِ فَوَطِئَهَا فِي العِدَّة فَلا شَكَّ أَنَّ العِدَّتَيْنِ يَتَدَاخَلانِ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَكَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ كَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ كَمَا سَيَجِيءُ.

أَوْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِد كَالمُطَلَقَة إِذَا تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّتِهَا فَوَطِئَهَا الثَّانِي وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا تَدَاخَلان عِنْدَنَا وَيَكُونُ مَا تَرَاهُ المَرْأَةُ مِنْ الحَيْضِ مُحْتَسَبًا مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا انْقَضَتْ العِدَّةُ الأُولَى وَلَمْ تُكْمِل الثَّانِيَةُ فَعَلَيْهَا إِتْمَامُ العِدَّة الثَّانِيَة. وَصُورَةُ ذَلكَ أَنَّ الوَطْءَ الثَّانِيَ إِذَا كَانَ بَعْدَمَا رَأَتْ المَرْأَةُ حَيْضَةً يَجِبُ عَلَيْهَا بَعْدَ الوَطْءِ الثَّانِي ثَلاثُ حِيَضٍ أَيْضًا، وَالحَيْضَتَان تَنُوبُ عَنْ أَرْبَعِ حِيَضٍ حَيْضَتَانِ للأُولى وَحَيْضَتَان للثَّانيَة وَالثَّالثَة عَنْ الوَطْءِ الثَّانِي خَاصَّةً، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ رَأَتْ شَيْئًا فَلَيْس عَلَيْهَا إلا ثَلاثُ حِيَضٍ وَهِيَ تَنُوبُ عَنْ سِتِّ حِيَضٍ (وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَتَدَاخَلان لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ العِدَّة العِبَادَةُ: أَيْ عِبَادَةُ الكَفِّ عَنْ التَّزَوُّجِ وَالخُرُوجِ وَلا تَدَاخُل فِي العِبَادَات كَالصَّوْمَيْنِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ) فَإِنَّ العِدَّةَ كَفٌّ عَنْ التَزَوُّجِ وَالخُرُوجِ كَمَا أَنَّ الصَّوْمَ كَفٌّ عَنْ اقْتِضَاءِ الشَّهْوَتَيْنِ، فَكَمَا لا تَدَاخُل فِي الصَّوْمِ فَكَذَا فِي العِدَّة (وَلَنَا أَنَّ **المَقْصُودَ مِنْ العِدَّة** التَّعَرُّفُ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَل التَّعَرُّفُ بِالعِدَّة الوَاحِدَة فَيَتَدَاخَلان) وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى العِبَادَة تَابِعٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله لأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ العِبَادَةُ، وَالدَّليلُ عَلى أَنَّ مَعْنَى العِبَادَة فِي العِدَّة تَابِعٌ أَنَّ رُكْنَهَا حُرْمَةُ الازْدوَاجِ وَالخُرُوجِ.

قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وَقَال ﴿وَلَا يَخۡرُجۡنَ﴾ الآيَةَ، وَمُوجَبُ النَّهْيِ التَّحْرِيمُ. وَإِذَا كَانَ رُكْنُهَا الحُرْمَةَ

فَالحُرُمَاتُ تَجْتَمِعُ كَصَيْدِ الحَرَمِ للمُحْرِمِ حَرَامٌ للإحْرَامِ وَالحَرَمِ، **وَكَالخَمْرِ فِيمَنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُهَا وَهُوَ صَائِمٌ فَإِنَّهَا** حَرَامٌ لهُ لصَوْمِهِ وَلكَوْنه خمْرًا وَليَمِينه، بخلاف الصَّوْمِ فَإِنَّ رُكْنَهُ الكَفُّ لقَوْله تَعَالى ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾ [البقرة: ١٨٧] وَلَنْ يَجْتَمِعَ الإمْسَاكَان فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَاسْتَوْضَحَ المُصَنِّفُ تَبَعِيَّةَ العِبَادَةِ بقَوْله (أَلا تَرَى أَنَّهَا تَنْقَضِي بدُون علمهَا وَمَعَ تَرْكهَا الكَفَّ) يَعْنِي عَنْ الخُرُوجِ وَالعبَادَة لا يَتَحَقَّقُ أَدَاؤُهَا بدُون رُكْنهَا. وَاعْتُرِضَ بأَنَّهَا لوْ كَانَتْ للتَّعَرُّف عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ لَمْ يَجبْ عَلى الصَّبِيَّةِ وَالآيسَة لعَدَمِ الشَّغْل بهمَا وَلا عَلى المُتوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لأَنَّ زَوْجَهَا لا يَحْتَاجُ إلى ذَلكَ وَاللوَازِمُ بَاطلةٌ فَكَذَلكَ المَلزُومَاتُ سَلمْنَا أَنَّ المَقْصُودَ ذَلكَ، لكنْ لا نُسَلمُ جَوَازَ التَّدَاخُل وَإلا لجَازَ التَّدَاخُلُ فِي أَقْرَاءِ عدَّة وَاحدَة لحُصُول المَقْصُود وَنَفْيِ ضَرَرِ تَطْويل العدَّة عَنْهَا. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ الصَّبِيَّةَ التي تَحْتَملُ الوَطْءَ وَالآيسَةَ تَحْتَملان العُلُوقَ، فَدَارَ الحُكْمُ عَلى دَليل الشَّغْل وَهُوَ الوَطْءُ، لأَنَّ العدَّةَ يُكْتَفَى فِي إيجَابهَا بتَوَهُّمِ الشَّغْل وَإنْ كَانَ عَلى خلاف العَادَة، وَالمُتوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الحَاجَةُ فيهَا إلى التَّعَرُّف قَائمَةٌ صيَانَةً لمَاءَيْ الزَّوْجَيْنِ عَنْ الاختلاط لأَنَّ مَاءَ الأَوَّل مُحْتَرَمٌ فِي نَفْسه كَمَاء الثَّاني.

وَعَنْ الثَّاني بأَنَّا لا نُسَلمُ المُلازَمَةَ لأَنَّ التَّعَرُّفَ بحَيْضَة وَاحدَة ليْسَ كَالتَّعَرُّف بثَلاث حيَضٍ فِي حُصُول المَقْصُود، لأَنَّ المَقْصُودَ منْ الأُولى تَعَرُّفُ الفَرَاغِ، وَمنْ الثَّانيَة إظْهَارُ خَطَرِ النِّكَاحِ فَرْقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الاسْتبْرَاء، وَمنْ الثَّالثَة إظْهَارُ شَرَف الحُرِّيَّة، وَهَذَا المَقْصُودُ لا يَحْصُلُ بالحَيْضَة الوَاحدَة، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ المُصَنِّفَ لمْ يُعَلل إلا بالتَّعَرُّف عَنْ فَرَاغِ الرَّحمِ وَكَانَ السُّؤَالُ وَاردًا عَليْه.

(وَالمُعتَدَّةُ عَن وَفَاةٍ إذَا وُطِئَت بِشُبهَةٍ تَعتَدُّ بِالشُّهُورِ وَتَحتَسِبُ بِمَا تَرَاهُ مِن الحَيضِ فِيهَا) تَحقِيقًا للتَّدَاخُل بِقَدرِ الإمكَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَالمُعْتَدَّةُ عَنْ وَفَاة إذَا وُطئَتْ بشُبْهَة تَعْتَدُّ** بالشُّهُور) ظَاهرٌ. قَال فِي المَبْسُوط: لوْ **تَزَوَّجَتْ فِي عدَّة الوَفَاة فَدَخَل بهَا الثَّاني** فَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا فَعَليْهَا بَقيَّةُ عدَّتهَا منْ الأَوَّل تَمَامَ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ وَعَليْهَا ثَلاثُ حيَضٍ للآخَر وَيُحْتَسَبُ بمَا حَاضَتْ بَعْدَ التَّفْريقِ منْ عدَّة الوَفَاة أَيْضًا.

(وَابتِدَاءُ العِدَّةِ فِي الطَّلاقِ عَقِيبَ الطَّلاقِ وَفِي الوَفَاةِ عَقِيبَ الوَفَاةِ، فَإِن لم تَعلم بِالطَّلاقِ أَو الوَفَاةِ حَتَّى مَضَت مُدَّةُ العِدَّةِ فَقَد انقَضَت عِدَّتُهَا) لأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ العِدَّةِ الطَّلاقُ أَو الوَفَاةُ فَيُعتَبَرُ ابتِدَاؤُهَا مِن وَقتِ وُجُودِ السَّبَبِ، وَمَشَايِخُنَا يُفتُونَ فِي الطَّلاقِ أَنَّ ابتِدَاءَهَا مِن وَقتِ الإِقرَارِ نَفيًا لِتُهمَةِ المُوَاضَعَةِ.

الشرح:

قَال (وَ**ابْتِدَاءُ العِدَّة** فِي الطَّلاق عَقِيبَ الطَّلاق) ابْتِدَاءُ العدَّة فِي الطَّلاق عَقِيبَ الطَّلاقِ (وَفِي الوَفَاة عَقِيبَ الوَفَاة) لأَنَّ سَبَبَ وُجُوب العدَّة الطَّلاقُ أَوْ الوَفَاةُ (فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ وُجُود السَّبَب) فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلاق أَوْ الوَفَاة حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ العدَّة فَقَدْ انْقَضَتْ عدَّتُهَا. قَال مُحَمَّدٌ: إذَا فَارَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ زَمَانًا **ثُمَّ قَال لَهَا كُنْت طَلَقْتُك مُنْذُ كَذَا وَالمَرْأَةُ لا تَعْلَمُ بِذَلكَ** لَهَا أَنْ تُصَدِّقَهُ وَتُعْتَبَرُ عدَّتُهَا مِنْ ذَلكَ الوَقْت (وَمَشَايِخُنَا) يُرِيدُ عُلَمَاءَ بُخَارَى وَسَمَرْقَنْدَ (يُفْتُونَ فِي الطَّلاق أَنَّ ابْتدَاءَهَا مِنْ وَقْت الإِقْرَار نَفْيًا لتُهْمَة المُوَاضَعَة) بجَوَازِ أَنْ يَتَوَاضَعَا عَلَى الطَّلاق وَانْقضَاء العدَّة ليَصحَّ إقْرَارُ المَرِيضِ لَهَا بِالدَّيْنِ وَوَصيَّتُهُ لَهَا بشَيْءٍ، أَوْ يَتَوَاضَعَا عَلَى انْقضَاءِ العدَّة لأَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعًا سوَاهَا.

وَقَال فِي الذَّخيرَة: اخْتيَارُ مَشَايخِ بَلخي أَنَّهُ تَجبُ العدَّةُ منْ وَقْت الإِقْرَارِ عُقُوبَةً عَلَيْه جزَاءً عَلَى كتْمَان الطَّلاق: يَعْني حَتَّى لا يَتَزَوَّجَ بأُخْتهَا وَبأَرْبَعٍ سوَاهَا زَجْرًا لَهُ عَلَى الكتْمَان، لكنْ لا تَجبُ لَهَا نَفَقَةُ العدَّة وَالسُّكْنَى لأَنَّ ذَلكَ حَقُّهَا وَقَدْ أَقَرَّتْ بسُقُوطه.

(وَالعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفرِيقِ أَو عَزمِ الوَاطِئِ عَلَى تَركِ وَطئِهَا) وَقَال زُفَرُ: مِن آخِرِ الوَطَآتِ لأَنَّ الوَطءَ هُوَ السَّبَبُ المُوجِبُ. وَلَنَا أَنَّ كُل وَطءٍ وُجِدَ فِي العَقدِ الفَاسِدِ يَجرِي مَجرَى الوَطأَةِ الوَاحِدَةِ لاستِنَادِ الكُل إلى حُكمِ عَقدٍ وَاحِدٍ، وَلِهَذَا يُكتَفَى فِي الكُل بِمَهرٍ وَاحِدٍ، فَقِيل: المُتَارَكَةُ أَو العَزمُ لا تُثبِتُ العِدَّةَ مَعَ جَوَازِ وُجُودِ غَيرِهِ وَلأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَى وَجهِ الشُّبهَةِ أُقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الوَطءِ لِخَفَائِهِ وَمِسَاسِ الحَاجَةِ إلى مَعرِفَةِ الحُكمِ فِي حَقِّ غَيرِهِ.

الشرح:

(وَالعدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ) بِأَنْ يَحْكُمَ الحَاكِمُ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا

(أَوْ عَزْمِ الوَاطِئِ عَلى تَرْكِ وَطْئِهَا) وَالعَزْمُ أَمْرٌ بَاطِنٌ لا يُطَّلَعُ عَلَيْه وَلَهُ دَليلٌ ظَاهِرٌ وَهُوَ الإِخْبَارُ بذَلكَ بأَنْ يَقُول تَرَكْت وَطْأَهَا أَوْ مَا يُفِيدُ مَعْنَاهُ فَيُقَامُ مَقَامَهُ وَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْه (وَقَال زُفَرُ: مِنْ آخرِ الوَطَآت لأَنَّ الوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ المُوجبُ) للعدَّة إذْ لوْ لَمْ يَطَأْ لَمْ تَجبْ عَلَيْهَا العدَّةُ (وَلنَا أَنَّ كُل وَطْءٍ وُجدَ في العَقْد) وَتَقْرِيرُهُ القَوْلُ بالمُوجب، وَهُوَ أَنْ يُقَال: سَلمْنَا أَنَّ الوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ المُوجبُ لكنَّ جَميعَ الوَطَآت التي تُوجَدُ بالعَقْد الفَاسد (بمَنْزِلة وَطْأَة وَاحدَة لاسْتنَاد الكُل إلى عَقْد وَاحد وَلهَذَا يُكْتَفَى في الكُل بمَهْرٍ وَاحد) وَإذَا كَانَ كَذَلكَ لَمْ يَثْبُتْ آخرُ وَطْأَة تَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا العدَّةُ إلا بالتَّفْرِيقِ أَوْ العَزْمِ، لأَنَّهُ قَبْل ذَلكَ جَازَ أَنْ يُوجَدَ غَيْرُهُ فَلا يَكُونُ مَا فَرَضْنَاهُ آخرَ الوَطَآت آخرَهَا.

وَتَجْرِيدُ هَذه النُّكْتَة: العدَّةُ لا تَثْبُتُ إلا بآخرِ وَطْأَة وَآخرُ وَطْأَة لا تُوجَدُ إلا بالتَّفْرِيقِ أَوْ العَزْمِ، فَالعدَّةُ لا تَثْبُتُ إلا بالتَّفْرِيقِ أَوْ العَزْمِ، أَمَّا أَنَّهَا لا تَثْبُتُ إلا بآخرِ وَطْأَة فَبالاتِّفَاق بَيْننَا وَبَيْنَ الخَصْمِ، وَأَمَّا أَنَّ آخرَ وَطْأَة لا تُوجَدُ إلا بالتَّفْرِيقِ أَوْ العَزْمِ فَلمَا قَال مَعَ جَوَاز وُجُود غَيْرِه.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلى وَجْه الشُّبْهَة) دَليلٌ آخرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حَقيقَةَ الوَطْءِ أَمْرٌ خَفيٌّ لهُ سَبَبٌ ظَاهرٌ وَهُوَ التَّمَكُّنُ منْ الوَطْءِ عَلى وَجْه الشُّبْهَة، وَكُلُّ أَمْرٍ خَفيٌّ لهُ سَبَبٌ ظَاهرٌ يُقَامُ السَّبَبُ مَقَامَهُ وَيُدَارُ عَلَيْه الحُكْمُ، فَالتَّمَكُّنُ منْ الوَطْءِ عَلى وَجْه الشُّبْهَة يَقُومُ مَقَامَ حَقيقَة الوَطْءِ، وَإذَا قَامَ مَقَامَهَا فَمَهْمَا كَانَ التَّمَكُّنُ بَاقيًا كَانَ الوَطْءُ بَاقيًا فَلا يَتَعَيَّنُ آخرُ الوَطَآت إذْ التَّمَكُّنُ بَاقٍ بَعْدَ كُل وَطْأَة فُرضَتْ فَلا بُدَّ منْ المُتَارَكَة أَوْ العَزْمِ ليَرْتَفعَ التَّمَكُّنُ فَيَتَعَيَّنَ آخرُ الوَطَآت.

فَإنْ قُلت: لا نُسَلمُ أَنَّ حَقيقَةَ الوَطْءِ أَمْرٌ خَفيٌّ لأَنَّ الحَاجَةَ إلى مَعْرِفَة العدَّة إنَّمَا هيَ للزَّوْجَيْنِ وَحَقيقَةُ الوَطْءِ لَيْسَتْ بخَفيَّة النِّسَب إلَيْهمَا. قُلت: قَدْ أَشَارَ إلى الجَوَاب بقَوْله (وَمسَاسُ الحَاجَة إلى مَعْرِفَة الحُكْمِ في حَقِّ غَيْرِه) أَيْ غَيْرِ الوَاطِئِ وَهُوَ الذي يُرِيدُ أَنْ يَتزَوَّجَهَا، وَقيل وَكَذَا أُخْتُ المَوْطُوءَة وَأَرْبَعٌ سوَاهَا، وَلا خَفَاءَ في مَفْهُومِ كَلامِ المُصَنِّف في النُّكْتَتَيْنِ، وَلَمْ أَجدْ في الشُّرُوحِ مَا يُطَابقُ مَقْصُودَهُ فَذَكَرْت مَا خَاطرِي أَبُو عُذْرِه وَجَهْدُ المُقل دُمُوعُهُ.

(وَإذَا قَالت المُعتَدَّةُ انقضَت عِدَّتِي وَكَذَّبَهَا الزَّوجُ كَانَ القولُ قولهَا مَعَ اليَمِينِ)

لأنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلكَ وَقَد أُتُّهِمَت بِالكَذِبِ فَتَحلفُ كَالمُودِعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَالتْ المُعْتَدَّةُ انْقَضَتْ عِدَّتي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَتَحَلف كَالمُودَعِ) يَعْنِي إِذَا قَال هَلكَتْ الوَدِيعَةُ أَوْ قَال رَدَدْتُهَا وَأَنْكَرَ المُودِعُ ذَلكَ فَإِنَّ القَوْل قَوْلُهُ مَعَ يَمِينه لأَنَّهُ أَمِينٌ، وَمَا عَلى الأَمِينِ إلا اليَمِينُ.

(وَإِذَا طَلَقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ طَلاقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلقَهَا قَبل الدُّخُول بِهَا فَعَلَيهِ مَهرٌ كَامِلٌ وَعَليهَا عِدَّةٌ مُستَقبَلَةٌ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: عَليهِ نِصفُ المَهرِ وَعَليهِ إتمَامُ العِدَّةِ الأُولى) لأَنَّ هَذَا طَلَاقٌ قَبل المَسِيسِ فَلا يُوجِبُ كَمَال المَهرِ وَلا استِئنَافَ العِدَّةِ، وَإِكمَالُ العِدَّةِ الأُولى إنَّمَا يَجِبُ بِالطَّلَاقِ الأَوَّلِ، إلا أَنَّهُ لم يَظهَر حَال التَّزَوُّجِ الثَّانِي، فَإِذَا ارتَفَعَ بِالطَّلَاقِ الثَّانِي ظَهَرَ حُكمُهُ، كَمَا لو اشتَرَى أُمَّ وَلدِهِ ثُمَّ أَعتَقَهَا. وَلهُمَا أَنَّهَا مَقبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً بِالوَطأَةِ الأُولى وَبَقِيَ أَثَرُهُ وَهُوَ العِدَّةُ، فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقبُوضَةٌ نَابَ ذَلكَ القَبضُ عَن القَبضِ المُستَحَقِّ فِي هَذَا النِّكَاحِ كَالغَاصِبِ يَشتَرِي المَغصُوبَ الذِي فِي يَدِهِ يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقدِ، فَوَضَحَ بِهَذَا أَنَّهُ طَلاقٌ بَعدَ الدُّخُول. وَقَال زُفَرُ: لا عِدَّةَ عَليهَا أَصلا؛ لأَنَّ الأُولى قَد سَقَطَت بِالتَّزَوُّجِ فَلا تَعُودُ، وَالثَّانِيَةُ لم تَجِب وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا.

الشرح:

قَال (**وَإِذَا طَلَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاقًا بَائنًا**) قَال فِي النِّهَايَة: هَذه منْ المَسَائل المَعْرُوفَة التي ذَكَرَهَا فِي التَّتمَّة وَالذَّخيرَة وَغَيْرهمَا وَهِيَ كُلُّهَا مَبْنيَّةٌ عَلى أَصْلٍ وَاحِدٍ وَهُوَ أَنَّ الدُّخُول فِي النِّكَاحِ الأَوَّل هَل يَكُونُ دُخُولا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي أَوْ لا؟ فَعنْدَ مُحَمَّد لا يَكُونُ وَعنْدَهُمَا يَكُونُ. وَصُورَةُ المَسْأَلة المَذْكُورَة فِي الكتَاب ظَاهرَةٌ. وَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَنَّ هَذَا طَلاقٌ قَبْل المَسِيسِ وَالخَلوَة الصَّحِيحَة، وَكُلُّ طَلاقٍ يَكُونُ كَذَلكَ لا يُوجِبُ كَمَال المَهْرِ وَلا اسْتئْنَافَ العدَّة.

فَإِنْ قيل: فَعَلامَ يَجِبُ عَليْهَا إِكْمَالُ العدَّة الأُولى؟ أَجَابَ بِقَوْله: وَإِكْمَالُ العدَّة الأُولى إِنَّمَا وَجَبَ بِالطَّلاق الأَوَّل إلا أَنَّهُ لمْ يَظْهَرْ حَالةَ التَّزَوُّجِ الثَّانِي لعَدَم اخْتلاط المِيَاه. فَإِذَا طَلقَهَا ثَانيًا **بِلا دُخُولٍ** صَارَ **النِّكَاحُ الثَّانِي كَالمَعْدُومِ** فَيَجِبُ عَليْهَا إِكْمَالُ

العدَّة الأُولى (كَمَا لوْ اشْتَرَى أُمَّ وَلده) أيْ مَنْكُوحَتَهُ التي وَلَدَتْ مِنْهُ (ثُمَّ أَعْتَقَهَا) فَإِنَّهُ يَجبُ عَلَيْهَا ثَلاثُ حِيَضٍ: حَيْضَتَانِ مِنْ النِّكَاحِ تَجْتَنِبُ فِيهِمَا مَا تَجْتَنِبُ مِنَ الخُرُوجِ وَالتَّزَيُّنِ، وَحَيْضَةٌ مِنَ العِتْقِ لا تَجْتَنِبُ فِيهَا لأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهَا فَسَدَ النِّكَاحُ وَوَجَبَتْ العِدَّةُ. أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَتزَوَّجَهَا وَإِنَّمَا لَمْ يَظْهَرْ حُكْمُ العِدَّةِ فِي حَقِّهِ لِمَانِعٍ وَهُوَ ملكُ اليَمِينِ، فَإِذَا زَالَ المَانِعُ ظَهَرَ حُكْمُ العِدَّةِ فِي حَقِّهِ أَيْضًا فَوَجَبَتْ حَقًّا للفَسَادِ، وَهُمَا يُعْتَبَرَانِ مِنْ الإِعْتَاقِ أَيْضًا وَيَلزَمُهَا الإِحْدَادُ، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَإِنَّهَا تَجبُ مِنْ العِتْقِ خَاصَّةً فَلا يَلزَمُهَا الإِحْدَادُ (وَلهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً بِالوَطْأَةِ الأُولى وَبَقِيَ أَثَرُهُ) أَيْ وَالحَالُ أَنَّهُ بَقِيَ أَثَرُهُ: أَيْ أَثَرُ الوَطْءِ الأَوَّلِ (وَهُوَ العِدَّةُ فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقْبُوضَةٌ) بِالدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ الأَوَّلِ (نَابَ ذَلِكَ القَبْضُ) الذي كَانَ بِالدُّخُولِ (مَنَابَ القَبْضِ) أَيْ الدُّخُولِ (المُسْتَحَقِّ فِي هَذَا النِّكَاحِ) فَإِذَا طَلقَهَا صَارَ كَأَنَّهُ طَلقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي فَيَجبُ عَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ. فَإِنْ قِيلَ: لوْ **كَانَ الطَّلاقُ بَعْدَ النِّكَاحِ الثَّانِي** كَالطَّلاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ لكَانَ صَرِيحُهُ مُعْقِبًا للرَّجْعَةِ كَالطَّلاقِ الصَّرِيحِ بَعْدَ الدُّخُولِ. وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ الطَّلاقَ بَائِنٌ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَلاقٍ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَإِنَّمَا هُوَ كَالطَّلاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالمُشَابِهُ للشَّيْءِ لا يَلزَمُ أَنْ يُسَاوِيَهُ مِنْ جَمِيعِ الوُجُوهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الخَلْوَةَ كَالدُّخُولِ فِي حَقِّ تَكْمِيلِ المَهْرِ وَوُجُوبِ كَمَالِ العِدَّةِ لا فِيمَا سِوَاهُمَا، حَتَّى لوْ طَلقَهَا بَعْدَ خَلْوَةٍ كَانَ الوَاقِعُ بَائِنًا وَشَبَّهَهُ بِالغَاصِبِ يَشْتَرِي المَغْصُوبَ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَوَضَحَ بِهَذَا أَنَّهُ طَلاقٌ بَعْدَ الدُّخُولِ) تَشْبِيهٌ لا تَحْقِيقَ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ قَبْلَهُ نَابَ ذَلِكَ القَبْضُ عَنْ القَبْضِ المُسْتَحَقِّ، وَقَوْلُ زُفَرَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ وَإِكْمَالُ العِدَّةِ الأُولى وَإِلى قَوْلِهِ وَلهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ إلخْ.

قَال (وَإِذَا طَلقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلا عِدَّةَ عَلَيهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَت الحَرْبِيَّةُ إِلينَا مُسلمَةً، فَإِن تَزَوَّجَت جَازَ إِلا أَن تَكُونَ حَامِلا، وَهَذَا كُلُّهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: عَلَيهَا وَعَلى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ) أَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَالاختِلافُ فِيهَا نَظِيرُ الاختِلافِ فِي نِكَاحِهِم مَحَارِمَهُم، وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَقَولُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ مُعتَقَدُهُم أَنَّهُ لا عِدَّةَ عَلَيهَا، وَأَمَّا المُهَاجِرَةُ فَوَجهُ قَولِهِمَا أَنَّ الفُرقَةَ لو وَقَعَت بِسَبَبٍ آخَرَ وَجَبَت العِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبِ

التَّبَايُنِ، بِخِلافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا لِعَدَمِ التَّبْلِيغِ.

وَلَهُ قَوله تَعَالى ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ [الممتحنة: ١٠] وَلأَنَّ العِدَّةَ حَيْثُ وَجَبَت كَانَ فِيهَا حَقُّ بَنِي آدَمَ وَالحَرْبِيُّ مُلحَقٌ بِالجَمَادِ حَتَّى كَانَ مَحَلًّا للتَّمَلُّكِ إلا أَن تَكُونَ حَامِلا لأَنَّ فِي بَطنِهَا وَلدًا ثَابِتَ النَّسَبِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَلا يَطَؤُهَا كَالحُبلى مِن الزِّنَا وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

(وَإِذَا طَلَقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَتْ الحَرْبِيَّةُ إِلَيْنَا) مُرَاغَمَةً عَلَى نِيَّةِ أَنْ لا تَعُودَ إِلَى دَارِ الحَرْبِ أَبَدًا، يُقَالُ رَاغَمَ فُلانٌ قَوْمَهُ إِذَا نَابَذَهُمْ وَخَرَجَ عَنْهُمْ، وَالإِسْلامُ لَيْسَ بِشَرْطٍ. قَال الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ: إِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمَنًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ صَارَ ذِمِّيًّا وَالآخَرُ عَلَى حَرْبِه فَقَدْ زَالَتْ الزَّوْجِيَّةُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ المَرْأَةُ هِيَ الخَارِجَةُ فَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ المُصَنِّفُ قَوْلَهُ مُسْلِمَةً بَيَانًا لأَحْسَنِ حَالاتِهَا (فَإِنْ تَزَوَّجَتْ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالا: عَلَيْهَا وَعَلى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ أَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَالاخْتِلافُ فِيهَا نَظِيرُ الاخْتِلافِ فِي نِكَاحِهِمْ مَحَارِمَهُمْ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ نِكَاحَ المَحَارِمِ فِيمَا بَيْنَهُمْ صَحِيحٌ عِنْدَهُ إِذَا كَانَ مُعْتَقَدُهُمْ ذَلِكَ حَتَّى لا يُتَعَرَّضَ لَهُمْ. كَذَلِكَ الذِّمِّيَّةُ المُطَلقَةُ لا عِدَّةَ عَلَيْهَا مِنْ الكَافِرِ إِذَا كَانَ مُعْتَقَدُهُمْ ذَلِكَ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ) يَعْنِي فِي بَابِ نِكَاحِ أَهْلِ الشِّرْكِ (وَأَمَّا المُهَاجِرَةُ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الفُرْقَةَ لوْ وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا بِسَبَبٍ آخَرَ كَالطَّلاقِ وَجَبَتْ العِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبِ التَّبَايُنِ، بِخِلافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا) فِي دَارِ الحَرْبِ (لِعَدَمِ تَبْلِيغِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ إِيَّاهَا.

وَلَهُ قَوْله تَعَالى ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾) نَفَى الجُنَاحَ فِي نِكَاحِ المُهَاجِرَاتِ مُطْلَقًا فَتَقْيِيدُهُ بِمَا بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ زِيَادَةٌ عَلَى النَّصِّ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ العِدَّةَ حَيْثُ وَجَبَتْ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ. وَتَقْرِيرُهُ: العِدَّةُ حَيْثُ وَجَبَتْ كَانَ فِيهَا حَقُّ العَبْدِ لأَنَّهَا تَجِبُ صِيَانَةً لِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ وَلِهَذَا لا تَجِبُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلا حَقَّ للحَرْبِيِّ لأَنَّهُ مُلحَقٌ بِالجَمَادِ حَتَّى كَانَ مَحَلًّا للتَّمَلُّكِ.

وَقَوْلُهُ (إِلا أَنْ تَكُونَ حَامِلا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِهِ، وَالحَرْبِيُّ مُلحَقٌ

بالجَمَادِ مَعْنًى لأَنَّ مَعْنَاهُ وَالحَرْبِيُّ لا حَقَّ لهُ (إلا أَنْ تَكُونَ امْرَأَتُهُ حَامِلا لأَنَّ فِي بَطْنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ) وَالحَمْلُ الثَّابِتُ النَّسَبُ يَكُونُ أَمْنَعَ مِنْ احْتِمَاله، أَلا تَرَى أَنَّ أُمَّ الوَلَدِ إِذَا كَانَتْ حَامِلا لا يُزَوِّجُهَا مَوْلاهَا، وَإِذَا كَانَتْ حَائِلا جَازَ لهُ ذَلِكَ، وَهَذَا لأَنَّ الوَلَدَ إِذَا كَانَ ثَابِتَ النَّسَبِ كَانَ الفِرَاشُ قَائِمًا، فَنِكَاحُهَا يَسْتَلزِمُ الجَمْعَ بَيْنَ الفِرَاشَيْنِ، وَلا كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: قَوْله تَعَالى ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ مُطْلَقٌ لا يَفْصِلُ بَيْنَ الحَامِلِ وَالحَائِل، فَتَقْيِيدُهُ بِالحَائِل زِيَادَةٌ عَلى النَّصِّ فَلا يَجُوزُ كَمَا قُلتُمْ بِالنِّسْبَة إلى العِدَّة. وَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلهُ ﷺ «**مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِالله وَاليَوْمِ الآخِرِ فَلا يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ**» مَشْهُورٌ تَلقَّتْهُ الأُمَّةُ بِالقَبُول فَيَجُوزُ به الزِّيَادَةُ، بِخِلافِ العِدَّةِ فَإِنَّهُ لَيس فِيهَا مِثْلُهُ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا إنْ تَزَوَّجَتْ صَحَّ نِكَاحُهَا وَلا يَطَؤُهَا كَالحُبْلى مِنْ الزِّنَا، وَالأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ لا يَجُوزَ نِكَاحُ المُهَاجِرَةِ الحَامِلِ أَصَحُّ لِثُبُوتِ نَسَبِ الوَلَدِ، بِخِلافِ الحُبْلى مِنْ الزِّنَا لأَنَّهُ لا نَسَبَ لهُ.

فصل

قَال (وَعَلى المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا إِذَا كَانَت بَالغَةً مُسلمَةً الحِدَادُ) أَمَّا المُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا فَلقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يَحِلُّ لامرأَةٍ تُؤمِنُ بِالله وَاليَومِ الآخِرِ أَن تُحِدَّ عَلى مَيِّتٍ فَوقَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ إِلا عَلى زَوجِهَا أَربَعَةَ أَشهُرٍ وَعَشرًا»(١) وَأَمَّا المَبتُوتَةُ فَمَذهَبُنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا حِدَادَ عَليهَا لأَنَّهُ وَجَبَ إِظهَارُ التَّأَسُّفِ عَلى فَوتِ زَوجٍ وَفِي بُعدِهَا إِلى مَمَاتِهِ وَقَد أَوحَشَهَا بِالإِبَانَةِ فَلا تَأَسف بِفَوتِهِ. وَلنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى المُعتَدَّةَ أَن تَختَضِبَ بِالحِنَّاءِ»(٢).

وَقَال:«الحِنَّاءُ طِيبٌ» وَلأَنَّهُ يَجِبُ إِظهَارًا للتَّأَسُّفِ عَلى فَوتِ نِعمَةِ النِّكَاحِ الذِي هُوَ سَبَبٌ لصَونِهَا وَكِفَايَةُ مُؤَنِهَا، وَالإِبَانَةُ أَقطَعُ لهَا مِن المَوتِ حَتَّى كَانَ لهَا أَن تُغَسِّلهُ مَيِّتًا قَبل الإِبَانَةِ لا بَعدَهَا (وَالحِدَادُ) وَيُقَالُ الإِحدَادُ وَهُمَا لُغَتَانِ (أَن تَترُكَ الطِّيبَ وَالزِّينَةَ وَالكُحل وَالدُّهنَ المُطَيَّبَ وَغَيرَ المُطَيَّبِ إِلا مِن عُذرٍ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلا مِن وَجَعٍ)

---

(١) أخرجه البخاري في الحيض باب ١٢، ومسلم في الطلاق (٦٦، ٦٧) عن أم عطية، وانظر نصب الراية (٣/٣٧٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٠٥)، وانظر نصب الراية (٣/٣٨٠).

وَالْمُعتَدُّ فِيهِ وَجهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرنَاهُ مِن إظهَارِ التَّأَسُّفِ. وَالثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ دَوَاعِي الرَّغبَةِ فِيهَا وَهِيَ مَمنُوعَةٌ عَن النِّكَاحِ فَتَجتَنِبُهَا كَي لا تَصِيرَ ذَرِيعَةً إلى الوُقُوعِ فِي الْمُحَرَّمِ، وَقَد صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لم يَأذَن لِلمُعتَدَّةِ فِي الاكتِحَالِ. وَالدُّهنُ لا يَعرَى عَن نَوعِ طِيبٍ وَفِيهِ زِينَةُ الشَّعرِ، وَلِهَذَا يُمنَعُ الْمُحرِمُ عَنهُ قَالَ: إلا مِن عُذرٍ لأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، وَالْمُرَادُ الدَّوَاءُ. لا الزِّينَةُ.

وَلَو اعتَادَت الدُّهنَ فَخَافَت وَجَعًا، فَإِن كَانَ ذَلكَ أَمرًا ظَاهِرًا يُبَاحُ لَهَا لأَنَّ الغَالِبَ كَالوَاقِعِ، وَكَذَا لُبسُ الحَرِيرِ إذَا احتَاجَت إليهِ لِعُذرٍ لا بَأسَ بِهِ.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا ذَكَرَ نَفْسَ وُجُوبِ العِدَّةِ وَكَيْفِيَّةَ الوُجُوبِ وَعَلى مَنْ تَجبُ وَعَلى مَنْ لا تَجبُ ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْلِ **مَا يَجبُ عَلى الْمُعْتَدَّاتِ أَنْ يَفْعَلنَهُ وَمَا لا يَجبُ**، يُقَالُ بَتَّ طَلاقَ المَرْأَةِ وَأَبَتَّهُ وَالمَبْتُوتَةُ المَرْأَةُ وَأَصْلُهَا المَبْتُوتُ طَلاقُهَا، وَالْمُرَادُ بِالمَبْتُوتَةِ مَنْ انْقَطَعَ عَنْهَا حَقُّ الرَّجْعَةِ وَهِيَ تَقَعُ عَلى ثَلاثٍ، وَهِيَ الْمُخْتَلعَةُ وَالْمُطَلقَةُ ثَلاثًا وَالْمُطَلقَةُ بِتَطْلِيقَةٍ بَائِنَةٍ (وَعَلى المَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلمَةً الحِدَادُ) وَهُوَ تَرْكُ زِينَتِهَا وَخِضَابِهَا بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا. وَأَصْلُ الحَدِّ المَنْعُ، يُقَالُ أَحَدَّتْ المَرْأَةُ إحْدَادًا فَهِيَ مُحَدَّةٌ مَنَعَتْ نَفْسَهَا، وَحَدَّتْ تَحُدُّ حِدَادًا (**أَمَّا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَلقَوْلهِ** ﷺ **«لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ أَنْ تَحُدَّ عَلى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ إلا عَلى زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»**) وَفِي وَجْهِ الاسْتِدْلال بِهِ إشْكَالٌ لأَنَّ مُقْتَضَاهُ إحْلالُ الإِحْدَادِ لِلمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لكَوْنِ الاسْتِثْنَاءِ مِنْ التَّحْرِيمِ وَالاسْتِثْنَاءُ مِنْ التَّحْرِيمِ إحْلالٌ، وَليْسَ الكَلامُ فِيهِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الإِيجَابِ.

وَقَال فِي النِّهَايَةِ: يُمْكِنُ أَنْ يُقَال قَوْلُهُ ﷺ **«لا يَحِلُّ»** نَفْيٌ لإِحْلال الإِحْدَادِ وَنَفْيُ إحْلال الإِحْدَادِ نَفْيُ الإِحْدَادِ نَفْسِهِ فَحِينَئِذٍ كَانَ فِي الْمُسْتَثْنَى إثْبَاتُ الإِحْدَادِ لا مَحَالةَ. وَكَانَ تَقْرِيرُ الحَدِيثِ: لا تَحُدُّ المَرْأَةُ عَلى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ إلا الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَإِنَّهَا تَحُدُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَكَانَ هَذَا حِينَئِذٍ إخْبَارًا بِإِحْدَادِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَكَانَ وَاجِبًا لأَنَّ إخْبَارَ الشَّارِعِ آكَدُ مِنْ الأَمْرِ وَهَذَا أَنْسَبُ مَا وَجَدْتُ فِي الشُّرُوحِ. فَإِنْ قِيل: الإِحْدَادُ هُوَ التَّأَسُّفُ عَلى فَوْتِ النِّعَمِ وَذَلكَ مَذْمُومٌ قَال اللهُ تَعَالى ﴿ لِّكَيْلَا

تَأْسَوْاْ عَلَىٰ مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُواْ بِمَآ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [الحديد: ٢٣] فَكَيْفَ صَارَ وَاجِبًا بِالْخَبَرِ مُعَارِضًا لِلْكِتَابِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِمَا فِي الْكِتَابِ فَرَحٌ خَاصٌّ وَأَسًى خَاصٌّ وَهُوَ الْفَرَحُ وَالْأَسَى مَعَ الصِّيَاحِ هَكَذَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ (وَأَمَّا) وُجُوبُ **الْإِحْدَادِ عَلَى الْمَبْتُوتَةِ فَمَذْهَبُنَا.** وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا حِدَادَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ وَجَبَ إِظْهَارًا لِلتَّأَسُّفِ عَلَى فَوْتِ زَوْجٍ وَفَّى بِعَهْدِهَا إِلَى مَمَاتِهِ. وَهَذَا قَدْ أَوْحَشَهَا بِالْإِبَانَةِ فَلا تَأْسَفُ عَلَى فَوْتِهِ.

وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَّاءِ وَقَالَ: **الْحِنَّاءُ طِيبٌ**») رَوَتْهُ أُمُّ سَلَمَةَ، وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مُعْتَدَّةِ الْوَفَاةِ وَغَيْرِهَا وَفِي مَعْنَاهُ مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْآثَارِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ قَالَ: الْمُطَلَّقَةُ وَالْمُخْتَلِعَةُ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَالْمُلاعَنَةُ لا يَخْتَضِبْنَ وَلا يَتَطَيَّبْنَ وَلا يَلْبَسْنَ ثَوْبًا مَصْبُوغًا وَلا يَخْرُجْنَ مِنْ بُيُوتِهِنَّ. وَإِبْرَاهِيمُ أَدْرَكَ عَصْرَ الصَّحَابَةِ وَزَاحَمَهُمْ فِي الْفَتْوَى فَيَجُوزُ تَقْلِيدُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ وَجَبَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِإِلْحَاقِ الْمَبْتُوتَةِ بِالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِطَرِيقِ الدَّلالَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ فِي وُجُوبِ الْإِحْدَادِ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِلا خِلافٍ، وَمَنَاطُ حُكْمِهِ إِظْهَارُ التَّأَسُّفِ عَلَى فَوْتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ سَبَبٌ لِصَوْنِهَا وَكِفَايَةِ مُؤَنِهَا، وَالْإِبَانَةُ أَقْطَعُ لَهَا مِنْ الْمَوْتِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تُغَسِّلَهُ مَيِّتًا قَبْلَ الْإِبَانَةِ لا بَعْدَهَا فَكَانَ إِلْحَاقُ الْمَبْتُوتَةِ بِالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا كَإِلْحَاقِ ضَرْبِ الْوَالِدَيْنِ بِالتَّأْفِيفِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنْ تَمَّ هَذَا فِي الْمُطَلَّقَةِ لَمْ يَتِمَّ فِي الْمُخْتَلِعَةِ لِأَنَّهَا قَدْ افْتَدَتْ نَفْسَهَا بِرِضَاهَا لِطَلَبِ الْخَلاصِ مِنْهُ، فَكَيْفَ تَتَأَسَّفُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَحْكَامَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ بِالْمَوْضُوعَاتِ الْأَصْلِيَّةِ وَفَوَاتُ نِعْمَةِ النِّكَاحِ مِمَّا يُوجِبُ التَّأَسُّفَ بِوَضْعِهِ فَلا مُعْتَبَرَ بِصُورَةِ نَقْضٍ صَدَرَتْ مِنْ نَاقِصَاتِ الْعَقْلِ وَالدِّينِ.

لا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الْحِدَادُ لِمَا ذَكَرْتُمْ لَوَجَبَ عَلَى الْأَزْوَاجِ أَيْضًا لِأَنَّ نِعْمَةَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا. لِأَنَّا نَقُولُ: النَّصُّ لَمْ يَرِدْ إِلا فِي الزَّوْجَاتِ، وَالْأَزْوَاجُ لَيْسُوا فِي مَعْنَاهُنَّ لِكَوْنِهِنَّ أَدْنَى مِنْهُنَّ فِي نِعْمَةِ النِّكَاحِ لِمَا فِيهِ مِنْ صِيَانَتِهِنَّ لِأَنَّهُنَّ لَحْمٌ عَلَى وَضَمٍ، وَدُرُورُ النَّفَقَةِ عَلَيْهِنَّ لِكَوْنِهِنَّ ضَعَائِفَ عَنْ التَّكَسُّبِ عَوَاجِزَ عَنْ التَّقَلُّبِ وَلا كَذَلِكَ الْأَزْوَاجُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْحِدَادُ وَيُقَالُ الْإِحْدَادُ) تَعْرِيفٌ لِلْحِدَادِ، وَكَانَ مَوْضِعُهُ أَوَّلَ الْكَلامِ،

وَأَتَى بِالجَامِعِ الصَّغِيرِ لأَنَّ لفظَهُ يُخَالِفُ لفْظَ القُدُورِيِّ، وَفِي الوَجَعِ إشَارَةٌ إلى أَنَّ العُذْرَ هُوَ التَّدَاوِي لا الزِّينَةُ. وَقَوْلُهُ (وَالمَعْنَى فِيهِ) أَيْ فِي إيجَابِ تَرْكِ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ إظْهَارِ التَّأَسُّفِ. وَالثَّانِي أَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ دَوَاعِي الرَّغْبَةِ فِيهَا لأَنَّ المَرْأَةَ إنْ كَانَتْ مُتَزَيِّنَةً مُتَطَيِّبَةً تَزِيدُ رَغْبَةُ الرَّجُلِ فِيهَا (وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ النِّكَاحِ) مَا دَامَتْ فِي عِدَّةِ الوَفَاةِ أَوْ الطَّلاقِ (فَتَجْتَنِبُهَا كَيْ لا تَصِيرَ ذَرِيعَةً) أَيْ وَسِيلَةً (إلى الوُقُوعِ فِي المُحَرَّمِ) وَهُوَ النِّكَاحُ (وَقَدْ صَحَّ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَأْذَنْ لِلمُعْتَدَّةِ فِي الاكْتِحَالِ») رُوِيَ عَنْ «أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالتْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلى رَسُولِ اللهِ ﷺ وَقَالتْ: إنَّ زَوْجَ ابْنَتِي تُوُفِّيَ وَقَدْ اشْتَكَتْ عَيْنَهَا أَفَنُكَحِّلُهَا؟ فَقَال رَسُولُ اللهِ ﷺ: **لا، مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلاثًا**» وَقَوْلُهُ (وَالمُرَادُ الدَّوَاءُ) يَعْنِي يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُرَادُهَا بِالاسْتِعْمَالِ الدَّوَاءَ لا الزِّينَةَ.

(وَلا تَختَضِبُ بِالحِنَّاءِ) لَمَا رَوَيْنَا (وَلا تَلبَسُ ثَوبًا مَصبُوغًا بِعُصفُرٍ وَلا بَزَعفَرَانٍ) لأَنَّهُ يَفُوحُ مِنهُ رَائِحَةُ الطِّيبِ. قَال (وَلا حِدَادَ عَلى كَافِرَةٍ) لأَنَّهَا غَيرُ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرعِ (وَلا عَلى صَغِيرَةٍ) لأَنَّ الخِطَابَ مَوضُوعٌ عَنهَا (وَعَلى الأَمَةِ الإِحدَادُ) لأَنَّهَا مُخَاطَبَةٌ بِحُقُوقِ اللهِ تَعَالى فِيمَا لَيسَ فِيهِ إبطَالُ حَقِّ المَولى، بِخِلافِ المَنعِ مِن الخُرُوجِ لأَنَّ فِيهِ إبطَال حَقِّهِ وَحَقُّ العَبدِ مُقَدَّمٌ لحَاجَتِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَا رَوَيْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ «ﷺ: **الحِنَّاءُ طِيبٌ**» قَال **وَلا حِدَادَ عَلى كَافِرَةٍ**) هَذَا بَيَانُ مَنْ لا يَجِبُ عَلَيْهَا الحِدَادُ وَهُنَّ خَمْسٌ الكَافِرَةُ وَالصَّغِيرَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ وَالمُعْتَدَّةُ عَنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَالمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ. وَلَمْ يَذْكُرْهَا فِي هَذَا المَوْضِعِ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً مِمَّا تَقَدَّمَ، أَمَّا الكَافِرَةُ وَهِيَ الكِتَابِيَّةُ فَلأَنَّهَا غَيْرُ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرْعِ وَالحِدَادُ مِنْ حُقُوقِهِ، أَشَارَ إلى ذَلِكَ «قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ**» وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ فَلأَنَّ الخِطَابَ مَوْضُوعٌ عَنْهَا، وَذَكَرَ الأَمَةَ فِي أَثْنَائِهَا اسْتِطْرَادًا وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا أُمُّ الوَلَدِ وَالمُعْتَدَّةُ عَنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَلأَنَّ كُل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَا فَاتَهَا نِعْمَةُ النِّكَاحِ لِتُظْهِرَ التَّأَسُّفَ، وَالأَصْلُ هُوَ الإِبَاحَةُ فِي الزِّينَةِ لا سِيَّمَا فِي النِّسَاءِ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف: ٣٢].

فَإِنْ قِيل: قَدْ ذَكَرَ المُصَنِّفُ أَنَّ وُجُوبَ الحِدَادِ لإِظْهَارِ التَّأَسُّفِ وَكَوْنِ هَذِهِ

الأَشْيَاءِ دَوَاعِيَ الرَّغْبَةِ فِيهَا، فَإِنْ فَاتَ الأَوَّلُ فِي أُمِّ الوَلَدِ وَالْمُعْتَدَّةِ عَنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَالثَّانِي مَوْجُودٌ فِيهِمَا لأَنَّهُمَا مَمْنُوعَانِ عَنْ النِّكَاحِ حَالَ قِيَامِ عِدَّتِهِمَا، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الحِدَادُ عَلَيْهِمَا للوَجْهِ الثَّانِي.

أُجِيبَ بِأَنَّ الوَجْهَ الثَّانِيَ حِكْمَةٌ وَلَيْسَ بِعِلةٍ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ دَوَرَانِ وُجُوبِ الحِدَادِ عَلَى فَوَاتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ، وَالحُكْمُ يَدُورُ عَلَى العلةِ دُونَ الحِكْمَةِ، وَأَرَى أَنَّ قَوْلَهُ وَالإِبَاحَةُ الأَصْلِيَّةُ إِشَارَةٌ إِلى الجَوَابِ عَنْ هَذَا السُّؤَالِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا فَاتَ فِيهِمَا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ عَارَضَتْ الإِبَاحَةُ الأَصْلِيَّةُ الوَجْهَ الآخَرَ فَلَمْ تَثْبُتْ الحُرْمَةُ.

قَال (**وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ وَلا فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ إِحْدَادٌ**) لأَنَّهَا مَا فَاتَهَا نِعْمَةُ النِّكَاحِ لِتُظْهِرَ التَّأَسُّفَ، وَالإِبَاحَةُ أَصْلٌ.

(وَلا يَنبَغِي أَن تُخطَبَ المُعتَدَّةُ وَلا بَأسَ بِالتَّعرِيضِ فِي الخِطبَةِ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا عَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٣٥] إلى أَن قَال ﴿ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗاۚ ﴾ [البقرة:٢٣٥] وَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «السِّرُّ النِّكَاحُ»(١) وَقَال ابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا: التَّعرِيضُ أَن يَقُول: إِنِّي أُرِيدُ أَن أَتَزَوَّجَ. وَعَن سَعِيدِ بنِ جُبَيرٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ فِي القَول المَعرُوفِ: إِنِّي فِيكِ لرَاغِبٌ وَإِنِّي أُرِيدُ أَن نَجتَمِعَ.

الشرح:

(**وَلا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ**) لقَوْله ﴿ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾ (وَلا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الخِطْبَةِ لقَوْله تَعَالى ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا عَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ إلى أَنْ قَال ﴿ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗاۚ ﴾ وَقَال ﷺ: «السِّرُّ النِّكَاحُ») وَعَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ كَانَتْ الآيَةُ دَلِيلا عَلَى الحُكْمَيْنِ جَمِيعًا، وَالتَّعْرِيضُ أَنْ تَذْكُرَ شَيْئًا تَدُل بِهِ عَلَى شَيْءٍ آخَرَ، وَقَدْ فَسَّرَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي الخِطْبَةِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَمَعْنَى قَوْله ﴿ أَكۡنَنتُمۡ فِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ ﴾ أَيْ سَتَرْتُمْ فِي قُلُوبِكُمْ فَلمْ تَذْكُرُوهُ بِأَلسِنَتِكُمْ لا مُعَرِّضِينَ وَلا مُصَرِّحِينَ، وَالْمُسْتَدْرَكُ بِقَوْلِهِ ﴿ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٨١): غريب.

مَحْذُوفٌ تَقْدِيرُهُ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ فَاذْكُرُوهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا: أَيْ وَطْئًا لأَنَّهُ مِمَّا يُسَرُّ، إلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَهُوَ أَنْ تُعَرِّضُوا وَلا تُصَرِّحُوا، وَالاسْتِثْنَاءُ مُتَعَلِّقٌ بِلا تُوَاعِدُوهُنَّ: أَيْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ مُوَاعَدَةً قَطُّ إلا مُوَاعَدَةً مَعْرُوفَةً، كَذَا فِي الكَشَّافِ، وَقَدْ فَسَّرَ القَوْلَ المَعْرُوفَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

(وَلا يَجُوزُ لِلمُطَلَّقَةِ الرَّجعِيَّةِ وَالمَبتُوتَةِ الخُرُوجُ مِن بَيتِهَا لَيلا وَلا نَهَارًا، وَالمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا تَخرُجُ نَهَارًا وَبَعضَ اللَّيلِ وَلا تَبِيتُ فِي غَيرِ مَنزِلِهَا) أَمَّا المُطَلَّقَةُ فَلِقَولِهِ تَعَالَى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ **قِيلَ الفَاحِشَةُ نَفسُ الخُرُوجِ، وَقِيلَ الزِّنَا، وَيَخرُجنَ لإِقَامَةِ الحَدِّ، وَأَمَّا المُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا فَلأَنَّهُ لا نَفَقَةَ لَهَا فَتَحتَاجُ إلى الخُرُوجِ نَهَارًا لِطَلَبِ المَعَاشِ، وَقَد يَمتَدُّ إلى أَن يَهجُمَ اللَّيلُ، وَلا كَذَلِكَ المُطَلَّقَةُ لأَنَّ النَّفَقَةَ دَارَّةٌ عَلَيهَا مِن مَالِ زَوجِهَا، حَتَّى لَو اختَلَعَت عَلَى نَفَقَةِ عِدَّتِهَا قِيلَ: إنَّهَا تَخرُجُ نَهَارًا، وَقِيلَ لا تَخرُجُ لأَنَّهَا أَسقَطَت حَقَّهَا فَلا يَبطُلُ بِهِ حَقٌّ عَلَيهَا.**

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ لِلمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالمَبْتُوتَةِ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ المَنْزِلِ) الَّذِي كَانَتْ فِيهِ وَقْتَ المُفَارَقَةِ إلا إذَا اُضْطُرَّتْ نَحْوَ إنْ خَافَتْ سُقُوطَهُ أَوْ يُغَارُ فِيهِ عَلَى نَفْسِهَا أَوْ مَالِهَا أَوْ أَخْرَجَهَا أَهْلُ المَنْزِلِ بِأَنْ كَانَتْ تَسْكُنُ بِكِرَاءٍ وَكَانَ زَوْجُهَا غَائِبًا أَوْ لا تَقْدِرُ عَلَى الأُجْرَةِ (وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَلا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا، أَمَّا عَدَمُ خُرُوجِ المُطَلَّقَةِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَاتَّقُواْ اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾) وَاخْتُلِفَ فِي تَفْسِيرِ الفَاحِشَةِ فَقِيلَ هِيَ نَفْسُ الخُرُوجِ، قَالَهُ إبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ، فَيَكُونُ مَعْنَاهَا: إلا أَنْ يَكُونَ خُرُوجُهَا فَاحِشَةً، كَمَا يُقَالُ لا يَسُبُّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ إلا كَافِرٌ وَلا يَزْنِي أَحَدٌ إلا أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا (وَقِيلَ هِيَ الزِّنَا وَيَخْرُجْنَ لإِقَامَةِ الحَدِّ عَلَيْهِنَّ) قَالَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: هِيَ نُشُوزُهَا وَأَنْ تَكُونَ بَذِيَّةَ اللِّسَانِ تَبْذُو عَلَى أَحْمَاءِ زَوْجِهَا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) وَاضِحٌ.

(وَعَلَى المُعتَدَّةِ أَن تَعتَدَّ فِي المَنزِلِ الَّذِي يُضَافُ إلَيهَا بِالسُّكنَى حَالَ وُقُوعِ الفُرقَةِ وَالمَوتِ) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ **وَالبَيتُ المُضَافُ إلَيهَا هُوَ البَيتُ الَّذِي**

تَسكُنُهُ، وَلِهَذَا لو زَارَت أَهلهَا وَطَلقهَا زَوجُهَا كَانَ عَليهَا أَن تَعُودَ إِلى مَنزِلهَا فَتَعتَدَّ فِيهِ وَقَال عَليهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ للتِي قُتِل زَوجُهَا «أُسكُنِي فِي بَيتِك حَتَّى يَبلُغَ الكِتَابُ أَجلَهُ»[1] (وَإِن كَانَ نَصِيبُهَا مِن دَارِ المَيِّتِ لا يَكفِيهَا فَأَخرجَهَا الوَرثَةُ مِن نَصِيبِهِم) انتَقَلت، لأَنَّ هَذَا انتِقَالٌ بِعُذرٍ، وَالعِبَادَاتُ تُؤَثِّرُ فِيهَا الأَعذَارُ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَافَت عَلى مَتَاعِهَا أَو خَافَت سُقُوطَ المَنزِل أَو كَانَت فِيمَا بِأَجرٍ وَلا تَجِدُ مَا تُؤَدِّيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ «وَقَال ﷺ للتي قُتِل زَوْجُهَا هِيَ فُرَيْعَةُ بِنْتُ مَالك بْنِ أَبِي سِنَانٍ أُخْتُ أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ لَمَّا قُتِل زَوْجُهَا جَاءَتْ إِلى رَسُول الله ﷺ اسْتَأْذَنَتْ أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَنِي خُدْرَةَ لا فِي بَيْتِ زَوْجِهَا، فَأَذِنَ لَهَا رَسُولُ الله ﷺ فَلمَّا خَرَجَتْ دَعَاهَا رَسُولُ الله ﷺ فَقَال لَهَا: **أَعِيدِي المَسْأَلَة**، فَأَعَادَتْ فَقَال لَهَا: **لا حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ**» يَعْنِي لا تَخْرُجِي حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُك. وَفِي هَذَا الحَدِيثِ دَليلٌ عَلى حُكْمَيْنِ. عَلى أَنَّهَا يَجِبُ عَليْهَا أَنْ **تَعْتَدَّ فِي مَنْزِل الزَّوْجِ**، وَعَلى أَنَّ الخُرُوجَ فِي بَعْضِ النَّهَارِ لقَضَاءِ حَوَائِجِهَا جَائِزٌ، فَإِنَّهُ ﷺ لَمْ يُنْكِرْ عَليْهَا خُرُوجَهَا للاسْتِفْتَاءِ.

(ثُمَّ إِن وَقَعَت الفُرقَةُ بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَو ثَلَاثٍ لا بُدَّ مِن سُترَةٍ بَينَهُمَا ثُمَّ لا بَأسَ بِهِ) لأَنَّهُ مُعتَرِفٌ بِالحُرمَةِ إِلا أَن يَكُونَ فَاسِقًا يُخَافُ عَليهَا مِنهُ فَحِينَئِذٍ تَخرُجُ لأَنَّهُ عُذرٌ، وَلا تَخرُجُ عَمَّا انتَقَلت إِليهِ، وَالأَولى أَن يَخرُجَ هُوَ وَيَترُكَهَا (وَإِن جَعَلا بَينَهُمَا امرَأَةً ثِقَةً تَقدِرُ عَلى الحَيلُولَةِ فَحَسَنٌ، وَإِن ضَاقَ عَليهِمَا المَنزِلُ فَلتَخرُج، وَالأَولى خُرُوجُهُ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالأَوْلى أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا) لأَنَّ مُكْثَهَا فِي مَنْزِل الزَّوْجِ وَاجِبٌ وَمُكْثَهُ فيه مُبَاحٌ وَرِعَايَةُ الوَاجِبِ أَوْلى. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ **ضَاقَ عَليْهِمَا المَنْزِلُ فَلتَخْرُجْ**) يُشِيرُ إِلى أَنَّ ضِيقَ المَنْزِل مِنْ جُمْلَة الأَعْذَارِ، فَإِذَا خَرَجَتْ فَإِلى الزَّوْجِ تَعْيِينُ المَوْضِعِ الذي تَنْتَقِلُ إِليْه. بِخِلافِ **المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا خَرَجَتْ لعُذْرٍ**، فَإِنَّ التَّعْيِينَ إِليْهَا لاسْتِبْدَادِهَا فِي أَمْرِ السُّكْنَى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠)، والترمذي (١٢٠٤)، والنسائي (٢٠٣١)، وابن ماجه (٢٠٣١).

(وَإِذَا خَرَجَت المَرأَةُ مَعَ زَوجِهَا إِلى مَكَّةَ فطَلَقَهَا ثَلاثًا أو مَاتَ عَنهَا فِي غَيرِ مِصرٍ، فَإِن كَانَ بَينَهَا وَبَينَ مِصرِهَا أَقَلُّ مِن ثَلاثَةِ أَيَّامٍ رَجعَت إِلى مِصرِهَا) لأَنَّهُ لَيسَ بِابتِدَاءِ الخُرُوجِ مَعنًى بَل هُوَ بِنَاءٌ (وَإِن كَانَت مَسِيرَةَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ إِن شَاءَت رَجعَت وَإِن شَاءَت مَضَت سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَو لَم يَكُن) مَعنَاهُ إِذَا كَانَ إِلى المَقصِدِ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ أَيضًا لأَنَّ المُكثَ فِي ذَلِكَ المَكَانِ أَخوَفُ عَلَيهَا مِنَ الخُرُوجِ، إِلا أَنَّ الرُّجُوعَ أَولى لِيَكُونَ الاعتِدَادُ فِي مَنزِلِ الزَّوجِ. قَال (إِلا أَن يَكُونَ طَلَقَهَا أَو مَاتَ عَنهَا زَوجُهَا فِي مِصرٍ فَإِنَّهَا لا تَخرُجُ حَتَّى تَعتَدَّ ثُمَّ تَخرُجَ إِن كَانَ لَهَا مَحرَمٌ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِن كَانَ مَعَهَا مَحرَمٌ فَلا بَأسَ بِأَن تَخرُجَ مِنَ المِصرِ قَبلَ أَن تَعتَدَّ) لَهُمَا أَنَّ نَفسَ الخُرُوجِ مُبَاحٌ دَفعًا لأَذَى الغُربَةِ وَوَحشَةِ الوَحدَةِ فَهَذَا عُذرٌ، وَإِنَّمَا الحُرمَةُ لِلسَّفَرِ وَقَد ارتَفَعَت بِالمَحرَمِ. وَلَهُ أَنَّ العِدَّةَ أَمنَعُ مِنَ الخُرُوجِ مِن عَدَمِ المَحرَمِ، فَإِنَّ لِلمَرأَةِ أَن تَخرُجَ إِلى مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيرِ مُحرِمٍ وَلَيسَ لِلمُعتَدَّةِ ذَلِكَ، فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَيهَا الخُرُوجُ إِلى السَّفَرِ بِغَيرِ المَحرَمِ فَفِي العِدَّةِ أَولى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَتْ المَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا إِلى مَكَّةَ فَطَلَّقَهَا ثَلاثًا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلى وُجُوهٍ لأَنَّهُ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ أَوْ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل رَجَعَتْ إِلى مِصْرِهَا سَوَاءٌ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَقْصِدِهَا ثَلاثَةُ أَيَّامٍ أَوْ دُونُهَا. أَمَّا إِذَا كَانَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَظَاهِرٌ لأَنَّ المُضِيَّ إِلى مَقْصِدِهَا يَكُونُ سَفَرًا وَالرُّجُوعُ لا يَكُونُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَقَل مِنْهَا فَلأَنَّهَا كَمَا رَجَعَتْ صَارَتْ مُقِيمَةً، وَإِذَا مَضَتْ كَانَتْ مُسَافِرَةً مَا لَمْ تَصِلْ إِلى المَقْصِدِ، فَإِذَا قَدَرَتْ عَلى الامْتِنَاعِ مِنْ اسْتِدَامَةِ السَّفَرِ فِي العِدَّةِ تَعَيَّنَ ذَلِكَ عَلَيْهَا؛ وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ المَقْصِدِ أَيْضًا ثَلاثَةُ أَيَّامٍ أَوْ أَقَلُّ، فَإِنْ كَانَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَهِيَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ إِلى مِصْرِهَا وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لأَنَّ المُكْثَ فِي ذَلِكَ المَكَانِ أَخْوَفُ عَلَيْهَا مِنْ الخُرُوجِ لأَنَّ وَضْعَ المَسْأَلَةِ فِي الخُرُوجِ إِلى مَكَّةَ وَغَالِبُ طُرُقِهَا مَفَازَةٌ وَمَعْطَشٌ فَلا بُدَّ مِنْ الخُرُوجِ. قِيل وَيَنْبَغِي أَنْ تَخْتَارَ أَقْرَبَ الجَانِبَيْنِ وَهِيَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ كَالتِي أَسْلَمَتْ فِي دَارِ الحَرْبِ لَهَا أَنْ تُهَاجِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ لأَنَّهَا خَائِفَةٌ

عَلى نَفْسِهَا وَدِينِهَا فَهَذِه فِي المَفَازَة كَذَلِكَ.

قَالَ المُصَنِّفُ (إلا أَنَّ الرُّجُوعَ أَوْلى لِيَكُونَ الاعْتِدَادُ فِي مَنْزِل الزَّوْجِ) وَإِنْ كَانَ أَقَل مَضَتْ إلى مَقْصِدِهَا لأَنَّهَا إذَا مَضَتْ لا تَكُونُ مُنْشِئَةً سَفَرًا وَلا سَائِرَةً فِي العِدَّة مُدَّةَ السَّفَرِ، وَإِنْ رَجَعَتْ كَانَتْ مُنْشِئَةً سَفَرًا فَلِهَذَا مَضَتْ إلى مَقْصِدِهَا وَلَمْ يَذْكُرْ المُصَنِّفُ فِي الكِتَاب هَذَا الشِّقَّ اعْتِمَادًا عَلى أَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْ الشِّقِّ الأَوَّل؛ لأَنَّهُ إذَا كَانَ الجَانِبَان مُتَسَاوِيَيْن كَانَتْ بِالخِيَار. فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَقَل تَعَيَّنَ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَكُونَ طَلقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي مِصْرٍ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِه إنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ: يَعْنِي أَنَّ لَهَا الخِيَارَ فِي ذَلِكَ إلا إذَا كَانَتْ المُفَارَقَةُ فِي مِصْرٍ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ حَتَّى تَعْتَدَّ، ثُمَّ تَخْرُجَ إنْ كَانَ لَهَا مَحْرَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إنْ كَانَ مَعَهَا مَحْرَمٌ فَلا بَأْسَ بِأَنْ تَخْرُجَ مِنْ المِصْرِ قَبْل أَنْ تَعْتَدَّ لأَنَّ نَفْسَ الخُرُوجِ مُبَاحٌ بِالاتِّفَاق دَفْعًا لأَذَى الغُرْبَة وَوَحْشَةِ الوَحْدَة، وَإِنَّمَا الحُرْمَةُ لِلسَّفَرِ وَقَدْ ارْتَفَعَتْ بِالمَحْرَم، وَإِذَا ارْتَفَعَتْ الحُرْمَةُ عَادَ مُبَاحًا.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا عُذْرٌ) إشَارَةٌ إلى نُكْتَة أُخْرَى هِيَ أَنَّ التَّرَبُّصَ عَلى المُعْتَدَّة فِي مَنْزِلهَا وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا لكِنْ يَجُوزُ لَهَا الانْتِقَالُ بِعُذْرٍ كَانْهِدَامِ المَنْزِل وَغَيْرِه، وَأَذَى القُرْبَة وَوَحْشَةُ الوَحْدَة عُذْرٌ فَيَجُوزُ لَهَا الانْتِقَالُ نَظَرًا إلى وُجُود المُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ المَانِع وَهُوَ ارْتِفَاعُ التَّحْرِيمِ الحَاصِل لِلسَّفَر بِوُجُود المَحْرَم. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العِدَّةَ أَمْنَعُ مِنَ الخُرُوجِ مِنْ عَدَمِ المَحْرَمِ لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب وَهُوَ وَاضِحٌ.

باب ثبوت النسب

(وَمَن قَال إن تَزَوَّجت فُلانَةَ فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا فَوَلدَت وَلدًا لِسِتَّةِ أَشهُرٍ مِن يَومِ تَزَوَّجَهَا فَهُوَ ابنُهُ وَعَليهِ المَهرُ) أَمَّا النَّسَبُ فَلأَنَّهَا فِرَاشُهُ، لأَنَّهَا لَمَّا جَاءَت بِالوَلدِ لِسِتَّةِ أَشهُرٍ مِن وَقتِ النِّكَاحِ فَقَد جَاءَت بِهِ لأَقَل مِنهَا مِن وَقتِ الطَّلاقِ فَكَانَ العُلُوقُ قَبلهُ فِي حَالَةِ النِّكَاحِ وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَن تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يُخَالطُهَا فَوَافَقَ الإِنزَالُ النِّكَاحَ وَالنَّسَبُ يُحتَاطُ فِي إثبَاتِهِ، وَأَمَّا المَهرُ فَلأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنهُ جُعِل وَاطِئًا حُكمًا فَتَأَكَّدَ المَهرُ بِهِ (وَيَثبُتُ نَسَبُ وَلدِ المُطَلقَةِ الرَّجعِيَّةِ إذَا جَاءَت بِهِ لِسَنَتَينِ أَو أَكثَرَ مَا لم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا) لاحتِمَال العُلُوقِ فِي حَالَةِ العِدَّةِ لِجَوَازِ أَنَّهَا تَكُونُ مُمتَدَّةَ الطُّهرِ (وَإِن جَاءَت بِهِ لأَقَل مِن

سَنَتَيْنِ بَانَت مِن زَوجِهَا بِانقِضَاءِ العِدَّةِ) وَثَبَتَ نَسَبُهُ لِوُجُودِ العُلُوقِ فِي النِّكَاحِ أَو فِي العِدَّةِ فَلا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لأَنَّهُ يَحتَمِلُ العُلُوقَ قَبل الطَّلاقِ وَيَحتَمِلُ بَعدَهُ فَلا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ (وَإِن جَاءَت بِهِ لأَكثَرَ مِن سَنَتَيْنِ كَانَت رَجعَةً) لأَنَّ العُلُوقَ بَعدَ الطَّلاقِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنهُ لانتِفَاءِ الزِّنَا مِنهَا فَيَصِيرُ بِالوَطءِ مُرَاجِعًا.

الشرح:

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ): لَمَّا ذَكَرَ أَنْوَاعَ المُعْتَدَّاتِ مِنْ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ وَالأَشْهُرِ وَالأَحْمَالِ ذَكَرَ مَا يَلزَمُ مِنْ اعْتِدَادِ أُولاتِ الأَحْمَالِ وَهُوَ ثُبُوتُ النَّسَبِ فِي هَذَا البَابِ (وَمَنْ **قَالَ إِنْ تَزَوَّجْت فُلانَةَ فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ** لِسِتَّةِ **أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوُّجِهَا**) أَيْ مِنْ وَقْتِ تَزَوُّجِهَا لأَنَّ اليَوْمَ قُرِنَ بِفِعْلٍ غَيْرِ مُمْتَدٍّ فَيَكُونُ بِمَعْنَى الوَقْتِ: يَعْنِي مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلا نُقْصَانٍ (فَهُوَ ابْنُهُ وَعَلَيْهِ المَهْرُ، أَمَّا النَّسَبُ فَلأَنَّهَا فِرَاشُهُ لأَنَّهَا لَمَّا جَاءَتْ بِالوَلَدِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْهَا مِنْ وَقْتِ الطَّلاقِ لأَنَّ الطَّلاقَ مَشْرُوطٌ بِالنِّكَاحِ وَالمَشْرُوطُ يَعْقُبُ الشَّرْطَ بِزَمَانٍ وَإِنْ لَطُفَ فَيَكُونُ العُلُوقُ قَبْلَهُ) أَيْ (قَبْلَ الطَّلاقِ فِي حَالَةِ النِّكَاحِ).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا نِكَاحٌ لا يُتَصَوَّرُ فِيهِ الوَطْءُ وَالإِعْلاقُ لأَنَّهُ كَمَا تَزَوَّجَ وَقَعَ الطَّلاقُ، وَبِدُونِ ذَلِكَ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ نَسَبَ وَلَدٍ جَاءَتْ بِهِ امْرَأَةُ الصَّبِيِّ لا يَثْبُتُ؛ لِذَلِكَ أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ عَلَى بَطْنِهَا يُخَالِطُهَا وَالنَّاسُ يَسْمَعُونَ كَلامَهُمَا فَيَكُونُ الإِنْزَالُ قَدْ وَافَقَ تَمَامَ النِّكَاحِ مُقَارِنًا لِلطَّلاقِ، لأَنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ إِلا بَعْدَ تَمَامِ الشَّرْطِ وَزَوَالُ الفِرَاشِ حُكْمُ الطَّلاقِ فَيَكُونُ العُلُوقُ حَاصِلا قَبْلَ زَوَالِ الفِرَاشِ ضَرُورَةً فَيَثْبُتُ النَّسَبُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا فِي غَايَةِ النُّدْرَةِ. فَكَيْفَ يُبْنَى عَلَيْهِ الحُكْمُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ نَادِرًا لَكِنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ فَيَجِبُ بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا النَّادِرِ، هَذَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلا نُقْصَانٍ، وَأَمَّا إِذَا وَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْهَا فَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ لأَنَّ عُلُوقَهُ كَانَ ثَابِتًا عَلَى النِّكَاحِ قَبْلَ ثُبُوتِ الفِرَاشِ فَلا يَكُونُ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ وُلِدَتْ لأَكْثَرَ مِنْهَا لأَنَّهُ حِينَ طَلُقَتْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لا عِدَّةَ لَهَا لأَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالخَلْوَةِ، وَلَمْ يُتَيَقَّنْ بُطْلانُ هَذَا الحُكْمِ لاحْتِمَالِ أَنَّهُ عَلِقَ مِنْ

زَوْجٍ آخَرَ بَعْدَ الطَّلاقِ، بخلاف مَا إذَا جَاءَتْ به لستَّة أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ فَقَدْ جَاءَتْ بالوَلَد لأقَل مِنْ ستَّة أَشْهُرٍ مِنْ وَقْت الطَّلاق فَتيَقَّنَّا بقِيَام الوَلَد في البَطْنِ وَقْتَ الطَّلاقِ، فَبَعْدَ ذَلكَ إمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِه، فَجَعَلْنَا العُلُوقَ مِنْهُ احْتِيَاطًا لأَمْرِ النَّسَبِ، إذْ لوْ جَعَلْنَاهُ مِنْ عُلُوقٍ قَبْلَ النِّكَاحِ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ وَذَلكَ الزَّوْجُ لَيْسَ بمَعْلُومٍ كَانَ فيه إضَاعَةُ الوَلَدِ وَإبْطَالُ النِّكَاحِ الجَائزِ وَالطَّلاق الوَاقِعِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ وَإحَالةُ الوَلَدِ إلى أَبْعَدِ الأَوْقَاتِ وَذَلكَ لا يَجُوزُ فَجَعَلْنَاهُ منْهُ، وَأَمَّا المَهْرُ فَلمَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب وَهُوَ وَاضِحٌ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ القيَاسُ يَلزَمُهُ مَهْرٌ وَنصْفُ مَهْرٍ، أَمَّا النِّصْفُ فَللطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُول وَأَمَّا المَهْرُ فَبالدُّخُول. وَقَوْلُهُ (**وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَد المُطَلقَة الرَّجْعيَّة**) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَيُحتَمَلُ بَعْدَهُ فَلا يَصيرُ مُرَاجعًا بالشَّكِّ) قيل عَلَيْه يَنْبَغي أَنْ يَصيرَ مُرَاجعًا لأَنَّ الوَطْءَ هَاهُنَا حَلالٌ فَأُحيل العُلُوقُ إلى أَقْرَبِ الأَوْقَات وَهِيَ حَالةُ العدَّة فَتَثْبُتُ به الرَّجْعَةُ. وَأُجيبَ بأَنَّ فِي ذَلكَ حَمْل أَمْرِه عَلَى خلاف السُّنَّة لأَنَّهُ يَصيرُ مُرَاجعًا لها بدُون الإشْهَاد بالفعْل، وَأُحيل العُلُوقُ إلى مَا قَبْل الطَّلاق صيَانَةً لحَاله، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّهُ لا يَصحُّ حينَئذٍ قَوْلُهُ فَلا يَصيرُ مُرَاجعًا بالشَّكِّ، وَإنَّمَا يَجبُ أَنْ يَقُول لا يَصيرُ مُرَاجعًا لدَلالة الدَّليل عَلَى كَوْنِ الوَطْءِ قَبْل الطَّلاق.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ العُلُوقَ بَعْدَ الطَّلاقِ) إذْ الوَلَدُ لا يَبْقَى فِي بَطْنِ أُمِّه أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ منْهُ وَإلا لزِمَ الزِّنَا، وَهُوَ مُنْتَفٍ حَمْلا لحَالهَا عَلَى الصَّلاحِ. قيل لا يَلزَمُ أَنَّهُ لوْ لمْ يَكُنْ منْهُ كَانَ مِنْ الزِّنَا لجَوَازِ أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقضَاء العدَّة زَوْجًا آخَرَ. لا يُقَالُ: الفَرْضُ فيمَا إذَا لمْ تَتزَوَّجْ. لأَنَّا نَقُولُ: الفَرْضُ أَنَّهُ لمْ يَطَأْهَا فِي العدَّة، إذْ لوْ وَطئَهَا لثبَتَتْ الرَّجْعَةُ منْ غَيْرِ تَقْدير هَذَا التَّكَلُّف.

وَأُجيبَ بأَنَّهُ نَعَمْ كَذَلكَ إلا أَنَّ الحُكْمَ بإبْقَاء نكَاح الأَوَّل عنْدَ الاحْتمَال أَسْهَلُ منَ الحُكْمِ بإنْشَاءِ نكَاحٍ آخرَ فَيَجبُ القَوْلُ به. قَال فِي النِّهَايَة: وَإلى هَذَا أَشَارَ فَخْرُ الإسْلامِ فِي مَبْسُوطه. وَفيه نَظَرٌ لأَنَّهُ غَيْرُ دَافعٍ بَل هُوَ التزَامُ السُّؤَال. وَالصَّوَابُ فِي الجَوَاب أَنَّ المُرَادَ بقَوْله لانْتفَاء الزِّنَا منْهَا لازمُهُ وَهُوَ تَضْييعُ الوَلَد، فَإنَّ الزِّنَا مَلزُومُ تَضْييعِ الوَلَدِ فَيَكُونُ ذكْرَ المَلزُومِ وَإرَادَةَ اللازمِ وَهُوَ مَجَازٌ وَحينَئذٍ يَنْدَفعُ السُّؤَالُ، لأَنَّا إذَا جَعَلنَا

الوَلَدَ مِنْ نِكَاحِ شَخْصٍ آخَرَ مَجْهُولٍ بَقِيَ الوَلَدُ ضَائِعًا فَكَأَنَّهُ قَال لانْتِفَاءِ التَّضْيِيعِ مِنْهَا بِالزِّنَا أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ.

(وَالمَبتُوتَةُ يَثبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إذَا جَاءَت بِهِ لأقَل مِن سَنَتَينِ) لأنَّهُ يَحتَمِلُ أن يَكُونَ الوَلَدُ قَائِمًا وَقتَ الطَّلَاقِ فَلا يَتَيَقَّنُ بِزَوَالِ الفِرَاشِ قَبل العُلُوقِ فَيَثبُتُ النَّسَبُ احتِيَاطًا، (فَإن جَاءَت بِهِ لتَمَامِ سَنَتَينِ مِن وَقتِ الفُرقَةِ لم يَثبُت) لأنَّ الحَمل حَادِثٌ بَعدَ الطَّلَاقِ فَلا يَكُونُ مِنهُ لأنَّ وَطأَهَا حَرَامٌ. قَال (إلا أن يَدَّعِيَهُ) لأنَّهُ التَزَمَهُ. وَلَهُ وَجهٌ بِأن وَطِئَهَا بِشُبهَةٍ فِي العِدَّةِ (فَإن كَانَت المَبتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثلُهَا فَجَاءَت بِوَلَدٍ لِتِسعَةِ أَشهُرٍ لم يَلزَمهُ حَتَّى تَأتِيَ بِهِ لأقَل مِن تِسعَةِ أَشهُرٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَثبُتُ النَّسَبُ مِنهُ إلى سَنَتَينِ) لأنَّهَا مُعتَدَّةٌ يَحتَمِلُ أن تَكُونَ حَامِلا وَلم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ العِدَّةِ فَأَشبَهَت الكَبِيرَةَ. وَلَهُمَا أنَّ لانقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً مُتَعَيِّنَةً وَهُوَ الأشهُرُ فَبِمُضِيِّهَا يَحكُمُ الشَّرعُ بِالانقِضَاءِ وَهُوَ فِي الدَّلالَةِ فَوقَ إقرَارِهَا لأنَّهُ لا يَحتَمِلُ الخِلافَ، وَالإِقرَارُ يَحتَمِلُهُ وَإن كَانَت مُطَلقَةً طَلَاقًا رَجعِيًّا فَكَذَلكَ الجَوَابُ عِندَهُمَا، وَعِندَهُ يَثبُتُ إلى سَبعَةٍ وَعِشرِينَ شَهرًا لأنَّهُ يُجعَلُ وَاطِئًا فِي آخِرِ العِدَّةِ وَهِيَ الثَّلاثَةُ الأشهُرُ ثُمَّ تَأتِي لأكثَرِ مُدَّةِ الحَمل وَهُوَ سَنَتَانِ، وَإن كَانَت الصَّغِيرَةُ ادَّعَت الحَبَل فِي العِدَّةِ فَالجَوَابُ فِيهَا وَفِي الكَبِيرَةِ سَوَاءٌ، لأنَّ بِإِقرَارِهَا يُحكَمُ بِبُلُوغِهَا.

الشرح:

قَال (وَالمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلدِهَا مِنْهُ) إذَا وَلَدَتْ المَبْتُوتَةُ **لأَقَل مِنْ سَنَتَيْنِ** يَثْبُتُ نَسَبُ وَلدِهَا مِنْهُ لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ قَائِمًا وَقْتَ الطَّلاقِ فَلا يُتَيَقَّنُ بِزَوَال الفِرَاشِ قَبْل العُلُوقِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ احْتِيَاطًا، وَإِنْ وَلدَتْ لتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ لمْ يَثْبُتْ لأَنَّ الحَمْل حَادِثٌ بَعْدَ الطَّلاقِ وَإِلا لزَادَ أَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْل عَلى سَنَتَيْنِ وَهُوَ بَاطِلٌ (فَلا يَكُونُ مِنْهُ لأَنَّ وَطْأَهَا حَرَامٌ) وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَدَّعِيَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله لمْ يَثْبُتْ: يَعْنِي أَنَّهُ إنْ ادَّعَاهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ وَإِنْ جَاءَتْ بِه **لأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ**، ثُمَّ هَل يُحْتَاجُ فِيه إلى تَصْدِيقِ المَرْأَة فيه رِوَايَتَان. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ التَزَمَهُ) أَيْ التَزَمَ النَّسَبَ عِنْدَ دَعْوَاهُ (وَلَهُ وَجْهٌ شَرْعِيٌّ بِأَنْ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ فِي العِدَّةِ) وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إثْبَاته فَيَثْبُتُ (فَإِنْ **كَانَتْ** المَبْتُوتَةُ **صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَجَاءَتْ بِوَلَد لتِسْعَةِ أَشْهُرٍ** لمْ يَلزَمْهُ حَتَّى تَأْتِيَ بِه لأَقَل مِنْ

تِسْعَةَ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ: يَثْبُتُ مِنْهُ النَّسَبُ إلى سَنَتَيْنِ لأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلا وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ فَأَشْبَهَتْ الكَبِيرَةَ) وَبَيَانُ الاحْتِمَالِ مَا قِيلَ إِنَّ الكَلامَ فِي المُرَاهِقَةِ المَدْخُولِ بِهَا وَهِيَ تَحْتَمِلُ الحَبَلَ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلا وَقْتَ الطَّلاقِ فَيَكُونُ انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا حَمَلتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَتْ كَالبَالِغَةِ إِذَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إلى سَنَتَيْنِ، وَإِنَّمَا قَالَ وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ لأَنَّهَا إِذَا **أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ ثُمَّ جَاءَتْ بِالوَلَدِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ** يَثْبُتُ النَّسَبُ لِظُهُورِ بُطْلانِ إِقْرَارِهَا فَصَارَتْ كَأَنَّهَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَائِهَا فَيَثْبُتُ النَّسَبُ (وَلَهُمَا أَنَّ لانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً مُتَعَيِّنَةً وَهِيَ الأَشْهُرُ) لأَنَّا عَرَفْنَاهَا صَغِيرَةً بِيَقِينٍ، وَمَا عُرِفَ كَذَلِكَ لا يُحْكَمُ بِزَوَالِهِ بِالاحْتِمَالِ فَبِمُضِيِّهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالانْقِضَاءِ أَقَرَّتْ بِهِ أَوْ لَمْ تُقِرَّ (وَهُوَ) أَيْ حُكْمُ الشَّرْعِ فِي الدَّلالَةِ فَوْقَ إِقْرَارِهَا لأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ الخِلافَ وَالإِقْرَارُ يَحْتَمِلُهُ، فَلَوْ **أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ ثُمَّ وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ** لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ، فَكَذَا إِذَا حَكَمَ الشَّرْعُ بِالمُضِيِّ. وَاعْتُرِضَ بِالكَبِيرَةِ المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَإِنَّ لانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً مُتَعَيِّنَةً، وَهِيَ مُضِيُّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ مَا لَمْ يَكُنْ الحَبَلُ ظَاهِرًا، ثُمَّ هُنَاكَ يَثْبُتُ النَّسَبُ إلى سَنَتَيْنِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَةِ، وَلا يُحْكَمُ بِالانْقِضَاءِ بِالأَشْهُرِ هُنَاكَ لاحْتِمَالِ الانْقِضَاءِ بِالوَضْعِ فَمَا بَالُ مَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَالجَوَابُ سَيَأْتِي عِنْدَ قَوْلِهِ إلا أَنَّا نَقُولُ: لانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخْرَى (وَإِنْ كَانَتْ) الصَّغِيرَةُ (مُطَلَّقَةً طَلاقًا رَجْعِيًّا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَهُمَا) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد: يَعْنِي إِنْ وَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ النَّسَبُ وَإِلا فَلا (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَثْبُتُ النَّسَبُ إلى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لأَنَّهُ يُجْعَلُ وَاطِئًا فِي آخِرِ العِدَّةِ وَهِيَ: ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ثُمَّ تَأْتِي بِهِ لأَكْثَرِ مُدَّةِ الحَمْلِ وَهُوَ سَنَتَانِ، وَإِنْ كَانَتْ **الصَّغِيرَةُ ادَّعَتْ الحَبَلَ فِي العِدَّةِ** فَالجَوَابُ فِيهَا وَفِي الكَبِيرَةِ سَوَاءٌ) لأَنَّهَا أَعْرَفُ بِأَمْرِ عِدَّتِهَا فَيُحْكَمُ بِإِقْرَارِهَا بِبُلُوغِهَا فَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ فِي الطَّلاقِ البَائِنِ وَلأَقَلَّ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا فِي الرَّجْعِيِّ.

(وَيَثْبُتُ **نَسَبُ وَلَدِ المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا** مَا بَيْنَ الوَفَاةِ وَبَيْنَ السَّنَتَيْنِ) وَقَالَ زُفَرُ:

إِذَا جَاءَتْ بِهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الوَفَاةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ لأَنَّ الشَّرْعَ حَكَمَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالشُّهُورِ لِتَعَيُّنِ الجِهَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّتْ بِالانْقِضَاءِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الصَّغِيرَةِ إِلا أَنَّا نَقُولُ لانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخْرَى وَهُوَ وَضْعُ الحَمْلِ، بِخِلافِ الصَّغِيرَةِ لأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الحَمْلِ لِيْسَتْ بِمَحَلٍّ قَبْلَ البُلُوغِ وَفِيهِ شَكٌّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّا نَقُولُ لانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخْرَى) حَاصِلُهُ أَنَّ فِي كُلٍّ مِنْ الحَامِلِ وَالصَّغِيرَةِ أَمْضَيْنَا الحُكْمَ عَلَى الأَصْلِ، وَلَكِنْ الأَصْلُ فِي المَوْضِعَيْنِ قَدْ اخْتَلَفَ فَلِذَلِكَ اخْتَلَفَ الحُكْمُ الذي بُنِيَ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَذَلِكَ لأَنَّ الأَصْلَ فِي الكَبِيرَةِ الإِحْبَالُ فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي حَقِّهَا تَعَيُّنُ جِهَةِ العِدَّةِ بِالأَشْهُرِ، وَالأَصْلُ فِي الصَّغِيرَةِ عَدَمُ الإِحْبَالِ فَلِذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي حَقِّهَا تَعَيُّنَ جِهَةِ العِدَّةِ بِالأَشْهُرِ. لا يُقَالُ: الأَصْلُ فِي الكَبِيرَةِ أَيْضًا عَدَمُ الإِحْبَالِ. لأَنَّا نَقُولُ: ذَلِكَ فِي حَقِّ غَيْرِ المَنْكُوحَةِ، فَأَمَّا النِّكَاحُ فَلا يُعْقَدُ إِلا بِالإِحْبَالِ. وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ) أَيْ فِي البُلُوغِ (شَكٌّ) وَالصِّغَرُ كَانَ ثَابِتًا بِيَقِينٍ فَلا يَزُولُ بِالشَّكِّ.

(وَإِذَا اعتَرَفَت المُعتَدَّةُ بِانقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَت بِالوَلَدِ لأَقَل مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ يَثبُتُ نَسَبُهُ) لأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهَا بِيَقِينٍ فَبَطَلَ الإِقرَارُ (وَإِن جَاءَت بِهِ لِسِتَّةِ أَشهُرٍ لم يَثبُت) لأَنَّا لم نَعلم بِبُطلانِ الإِقرَارِ لاحتِمَال الحُدُوثِ بَعدَهُ، وَهَذَا اللفظُ بِإِطلاقِهِ يَتَنَاوَلُ كُل مُعتَدَّةٍ.

الشرح:

(**وَإِذَا اعْتَرَفَتْ المُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَد**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا اللفْظُ) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ فَإِذَا اعْتَرَفَتْ المُعْتَدَّةُ (بِإِطْلاقِهِ) حَيْثُ لَمْ يُقَيَّدْ بِمُعْتَدَّةٍ دُونَ أُخْرَى (يَتَنَاوَلُ كُل مُعْتَدَّة) يَعْنِي كَانَتْ مُعْتَدَّةً مِنْ طَلاقٍ رَجْعِيٍّ أَوْ بَائِنٍ بِالأَشْهُرِ أَوْ بِالحَيْضِ. قِيل ذَكَرَ المَرْغِينَانِيُّ وَقَاضِي خَانْ أَنَّ **الآيِسَةَ لَوْ أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَد لأَقَل مِنْ سَنَتَيْنِ** ثَبَتَ نَسَبُ وَلدِهَا فَلَمْ يَتَنَاوَل كُل مُعْتَدَّة إِلا أَنْ يُؤَوَّل كُلُّ مُعْتَدَّةٍ غَيْرَ الآيِسَةِ، وَهَذَا مُخَالِفٌ لِمَا نُقِل عَنْ الإِمَامِ فَخْرِ الإِسْلامِ وَغَيْرِهِ فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الآيِسَةَ إِذَا أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ مُفَسَّرَةً بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ أَوْ مُطْلَقًا فِي مُدَّةٍ تَصْلُحُ لِثَلاثَةِ أَقْرَاءٍ ثُمَّ وَلَدَتْ لأَقَل مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ يَثْبُتُ لِلنَّسَبِ وَإِلا فَلا..

(وَإِذَا وَلَدَت المُعتَدَّةُ وَلَدًا لم يَثبُت نَسَبُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إلا أن يَشهَدَ بِوِلادَتِهَا رَجُلانِ أَو رَجُلٌ وَامرَأَتَانِ إلا أَن يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ أَو اعتِرَافٌ مِن قِبَلِ الزَّوجِ فَيَثبُتُ النَّسَبُ مِن غَيرِ شَهَادَةٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَثبُتُ فِي الجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ بِقِيَامِ العِدَّةِ وَهُوَ مُلزِمٌ لِلنَّسَبِ وَالحَاجَةُ إلى تَعيِينِ الوَلَدِ أَنَّهُ مِنهَا فَيَتَعَيَّنُ بِشَهَادَتِهَا كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العِدَّةَ تَنقَضِي بِإِقرَارِهَا بِوَضعِ الحَمل، وَالمُنقَضِي لِيسَ بِحُجَّةٍ فَمَسَّت الحَاجَةُ إلى إثبَاتِ النَّسَبِ ابتِدَاءً فَيُشتَرَطُ كَمَالُ الحُجَّةِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ ظَهَرَ الحَبَلُ أَو صَدَرَ الاعتِرَافُ مِن الزَّوجِ لأَنَّ النَّسَبَ ثَابِتٌ قَبل الوِلادَةِ وَالتَّعَيُّنَ يَثبُتُ بِشَهَادَتِهَا (فَإِن كَانَت مُعتَدَّةً عَن وَفَاةٍ فَصَدَّقَهَا الوَرَثَةُ فِي الوِلادَةِ وَلَم يَشهَد عَلَى الوِلادَةِ أَحَدٌ فَهُوَ ابنُهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) وَهَذَا فِي حَقِّ الإِرثِ ظَاهِرٌ لأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِم فَيُقبَلُ فِيهِ تَصدِيقُهُم، أَمَّا فِي حَقِّ النَّسَبِ هَل يَثبُتُ فِي حَقِّ غَيرِهِم. قَالُوا: إذَا كَانُوا مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ يَثبُتُ لِقِيَامِ الحُجَّةِ وَلِهَذَا قِيل: تُشتَرَطُ لَفظَةُ الشَّهَادَةِ، وَقِيل لا تُشتَرَطُ لأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيرِهِم تَبَعٌ لِلثُّبُوتِ فِي حَقِّهِم بِإِقرَارِهِم، وَمَا ثَبَتَ تَبَعًا لا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَائِطُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا وَلَدَتْ المُعْتَدَّةُ وَلَدًا) إذَا **وَلَدَتْ المُعْتَدَّةُ عَنْ طَلاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ وَلَدًا وَقَدْ أَنْكَرَهُ الزَّوْجُ** لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَا لَمْ يَشْهَدْ بِوِلادَتِهَا رَجُلان أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَان إلا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ أَوْ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ بِلا شَهَادَةٍ، وَقَالا: يَثْبُتُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ لأَنَّ الفِرَاشَ وَهُوَ تَعَيُّنُ المَرْأَةِ لِمَاءِ الزَّوْجِ بِحَيْثُ يَثْبُتُ مِنْهُ نَسَبُ كُلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ قَائِمٌ بِقِيَامِ العِدَّةِ وَهُوَ) أَيْ قِيَامُ الفِرَاشِ (مُلزِمٌ لِلنَّسَبِ) فَلا حَاجَةَ إلى إثْبَاتِهِ (وَ) إنَّمَا (الحَاجَةُ إلى تَعْيِينِ الوَلَدِ) وَهُوَ يَحْصُلُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بِظُهُورِ الحَبَلِ أَوْ إقْرَارِ الزَّوْجِ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ القَوْلُ بِالمُوجِبِ: يَعْنِي سَلَّمْنَا أَنَّ الفِرَاشَ يَكُونُ قَائِمًا بِقِيَامِ العِدَّةِ وَلَكِنَّ العِدَّةُ هَاهُنَا لَيْسَتْ بِقَائِمَةٍ (لأَنَّهَا تَنْقَضِي بِإِقْرَارِهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ وَالمُنْقَضِي لا يَصْلُحُ حُجَّةً فَمَسَّتْ الحَاجَةُ إلى إثْبَاتِ النَّسَبِ ابْتِدَاءً بِالقَضَاءِ فَيُشْتَرَطُ كَمَالُ الحُجَّةِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا أَوْ الحَبَلُ ظَاهِرًا أَوْ الاعْتِرَافُ بِهِ مِنْ الزَّوْجِ صَادِرًا لأَنَّ

النَّسَبَ إذْ ذَاكَ ثَابِتٌ قَبْلَ الوِلادَةِ) فَلا يُحْتَاجُ إلى إثْبَاتِه، وَإنَّمَا الحَاجَةُ إلى التَّعْيِين، وَذَلِكَ (يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهَا) قِيل لا يَحِلُّ نَظَرُ الرَّجُل إلى العَوْرَة فَمَا وَجْهُ اشْتِرَاط شَهَادَة الرِّجَال؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ النَّظَرَ لا يَلزَمُ، بَل إذَا دَخَلتْ بَيْتًا بَيْنَ الشُّهُودِ وَهُم يَعْلَمُونَ أَنْ لَيْسَ فِيه غَيْرُهَا ثُمَّ خَرَجَتْ مَعَ الوَلَد كَفَى لِجَوَازِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ.

وَإذَا وَلَدَتْ المُعْتَدَّةُ عَنْ وَفَاة قَبْل تَمَامِ سَنَتَيْنِ وَلدًا فَصَدَّقَهَا أي أَقَرَّ بِه **جَمِيعُ الوَرَثَة أَوْ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ** يُقْطَعُ الحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمْ كَرَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ مِنْهُمْ (فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهَذَا فِي حَقِّ الإرْثِ ظَاهِرٌ لأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِمْ فَيُقْبَلُ فِيه تَصْدِيقُهُمْ (أَمَّا فِي حَقِّ النَّسَبِ) بِالنِّسْبَة إلى غَيْرِهِمْ (فَهَل يَثْبُتُ أَوْ لا؟ قَالُوا: إذَا كَانُوا مِنْ أَهْل الشَّهَادَةِ) كَمَا ذَكَرْنَا وَهُمْ عُدُولٌ (يَثْبُتُ لِقِيَامِ الحُجَّة) وَلِهَذَا قِيل يُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ، وَقِيل لا يُشْتَرَطُ لأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ تَبَعٌ لِلثُّبُوت فِي حَقِّهِمْ لإقْرَارِهِمْ، وَمَا يَثْبُتُ تَبَعًا لا يُرَاعَى فِيه الشَّرَائِطُ كَالعَبْدِ مَعَ المَوْلَى وَالجُنْدِيِّ مَعَ السُّلطَان فِي حَقِّ الإقَامَة.

(وَإذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امرَأَةً فَجَاءَت بِوَلدٍ لأَقَل مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ مُنذُ يَومِ تَزَوَّجَهَا لم يَثبُت نَسَبُهُ) لأَنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى النِّكَاحِ فَلا يَكُونُ مِنهُ (وَإن جَاءَت بِهِ لِسِتَّةِ أَشهُرٍ فَصَاعِدًا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ اعتَرَفَ بِهِ الزَّوجُ أَو سَكَتَ) لأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ وَالمُدَّةُ تَامَّةٌ (فَإن جَحَدَ الوِلادَةَ يَثبُتُ بِشَهَادَةِ امرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشهَدُ بِالوِلادَةِ حَتَّى لو نَفَاهُ الزَّوجُ يُلاعِنُ) لأَنَّ النَّسَبَ يَثبُتُ بِالفِرَاشِ القَائِمِ، وَاللعَانُ إنَّمَا يَجِبُ بِالقَذفِ وَلَيسَ مِن ضَرُورَتِهِ وُجُودُ الوَلدِ فَإنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهِ (فَإن وَلدَت ثُمَّ اختَلفَا فَقَال الزَّوجُ: تَزَوَّجتُك مُنذُ أَربَعَةٍ وَقَالت هِيَ: مُنذُ سِتَّةِ أَشهُرٍ فَالقَولُ قَولُهَا وَهُوَ ابنُهُ) لأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لهَا فَإنَّهَا تَلدُ ظَاهِرًا مِن نِكَاحٍ لا مِن سِفَاحٍ وَلم يَذكُر الاستِحلافَ وَهُوَ عَلَى الاختِلافِ.

الشرح:

قَوْلُهُ وَإذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً (ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَاللعَانُ إنَّمَا يَجِبُ بِالقَذْفِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ اللعَانُ هَاهُنَا إنَّمَا يَجِبُ بِنَفْيِ الوَلد وَالوَلدُ يَثْبُتُ بِشَهَادَة القَابِلة فَيَكُونُ اللعَانُ ثَابِتًا بِشَهَادَة القَابِلة، وَهُوَ لا يَجُوزُ لأَنَّ اللعَانَ فِي مَعْنَى الحَدِّ وَالحَدُّ لا يَثْبُتُ بِشَهَادَة النِّسَاءِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ اللعَانَ يَجِبُ بِالقَذْفِ وَالقَذْفُ مَوْجُودٌ؛ لأَنَّ قَوْلَهُ لَيْسَ مِنِّي قَذْفٌ لهَا

بِالزِّنَا مَعْنًى، وَالقَذْفُ لا يَسْتَلزِمُ وُجُودَ الوَلدِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِه فَلَمْ يُعْتَبَرْ الوَلَدُ الثَّابِتُ بِشَهَادَةِ القَابِلةِ وَإِنَّمَا أُضِيفَ اللعَانُ إلى القَذْفِ مُجَرَّدًا عَنْهُ (فَإِنْ **وَلَدَتْ**) **المَرْأَةُ** (**ثُمَّ اخْتَلفَا فَقَال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُك مُنْذُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَقَالتْ مُنْذُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ** فَالقَوْلُ قَوْلُهَا لأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لهَا فَإِنَّهَا تَلدُ ظَاهِرًا مِنْ نِكَاحٍ لا مِنْ سِفَاحٍ).

وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ المَرْأَةَ تُسْنِدُ العُلُوقَ إلى زَمَانٍ سَابِقٍ وَالزَّوْجُ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلهُ، وَالثَّانِي أَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لهُ أَيْضًا لأَنَّ النِّكَاحَ حَادِثٌ وَالأَصْلُ فِي الحَوَادِثِ أَنْ تُضَافَ إلى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّهُ مُعَارَضٌ بِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي إسْنَادَ العُلُوقِ إلى زَمَانٍ يَسْبِقُ النِّكَاحَ وَهِيَ تُنْكِرُ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلهَا، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِي إثْبَاتِه؛ فَإِذَا تَعَارَضَ الظَّاهِرَانِ فِيهِ تَرَجَّحَ المُثْبِتُ. عَلى أَنَّ ظَاهِرَ حَالهَا يَتَأَيَّدُ بِظَاهِرِ حَالِه مِنْ حَيْثُ إنَّهُ لا يُبَاشِرُ النِّكَاحَ بِصِفَةِ الفَسَادِ فَإِنَّ نِكَاحَ الحُبْلى فَاسِدٌ وَهَل تَحْرُمُ عَلى الزَّوْجِ بِهَذَا الكَلامِ؟ يَنْبَغِي أَنْ لا تَحْرُمَ. فَإِنْ قِيل: يَجِبُ أَنْ تَحْرُمَ لأَنَّ هَذَا إقْرَارٌ مِنْهُ بِتَزَوُّجِه وَهِيَ حُبْلى فَصَارَ كَمَا إذَا ادَّعَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ. أُجِيبَ بِالفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ النِّكَاحَ بِغَيْرِ شُهُودٍ فَاسِدٌ لا مَحَالةَ وَنِكَاحُ الحُبْلى ليْسَ كَذَلكَ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الحَمْلُ مِنْ الزِّنَا.

وَالثَّانِي أَنَّهُ وَإِنْ أَقَرَّ بِالحُرْمَةِ إلا أَنَّ الشَّرْعَ كَذَّبَهُ فِي ذَلكَ حَيْثُ أَثْبَتَ النَّسَبَ مِنْهُ وَالإِقْرَارُ إذَا قَابَلهُ تَكْذِيبٌ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ يَبْطُلُ. وَقَوْلُهُ (وَلمْ يَذْكُرْ الاسْتِحْلافَ وَهُوَ عَلى الاخْتِلافِ) يَعْنِي الاخْتِلافَ المَذْكُورَ فِي الأَشْيَاءِ السِّتَّةِ.

(وَإِن قَال لامرَأَتِهِ إذَا وَلدت وَلدًا فَأَنتِ طَالقٌ فَشَهِدَت امرَأَةٌ عَلى الوِلادَةِ لم تَطلُق عِندَ أَبِي حَنِيفَة. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّد: تَطلُقُ) لأَنَّ شَهَادَتَهَا حُجَّةٌ فِي ذَلك. قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لا يَستَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إليهِ»[(١)] وَلأَنَّهَا لمَّا قَبِلت فِي الوِلادَةِ تَقبَلُ فِيمَا يَبتَنِي عَليهَا وَهُوَ الطَّلاقُ وَلأَبِي حَنِيفَة أَنَّهَا ادَّعَت الحِنثَ فَلا يَثبُتُ إلا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ، وَهَذَا لأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُورِيَّةٌ فِي حَقِّ الوِلادَةِ فَلا تَظهَرُ فِي حَقِّ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٨٥): غريب.

الطَّلاقِ لأَنَّهُ يَنفَكُّ عَنهَا (وَإِن كَانَ الزَّوجُ قَد أَقَرَّ بِالحَبَلِ طَلُقَت مِن غَيرِ شَهَادَةٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِندَهُمَا تُشتَرَطُ شَهَادَةُ القَابِلَةِ) لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن حُجَّةٍ لِدَعوَاهَا الحِنثَ، وَشَهَادَتُهَا حُجَّةٌ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَلَهُ أَنَّ الإِقرَارَ بِالحَبَلِ إِقرَارٌ بِمَا يُفضِي إِليهِ وَهُوَ الوِلادَةُ، وَلأَنَّهُ أَقَرَّ بِكَونِهَا مُؤتَمَنَةً فَيُقبَلُ قَولُهَا فِي رَدِّ الأَمَانَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَال لامْرَأَته إِذَا وَلَدْت فَأَنْت طَالِقٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهَا وَهُوَ الطَّلاقُ) يَعْنِي أَنَّ الطَّلاقَ حُكْمٌ مُتَعَلقٌ بالولادَة، وَشَهَادَةُ القَابلة حُجَّةٌ فِي إِثْبَات الولادَة فَكَذَلكَ فِيمَا يَتَعَلقُ بهَا ضمْنًا وَكَمْ منْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ دَعْوَاهَا لَيْسَتْ الطَّلاقَ حَتَّى يَثْبُتَ فِي ضِمْنِ الولادَة بشَهَادَتهَا)، وَإِنَّمَا دَعْوَاهَا حنْثَهُ فِي يَمينه وَالحنْثُ لَيْسَ منْ ضَرُورَات الولادَة فَلا يَثْبُتُ إلا بحُجَّة كَاملة. سَلمْنَا أَنَّ دَعْوَاهَا الطَّلاقَ لكنْ لا يُمْكنُ إِثْبَاتُهَا بشَهَادَتهَا ضمْنًا لأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُوريَّةٌ فِي حَقِّ الولادَة لعَدَم حُصُول الرِّجَال عنْدَهَا فَلا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الطَّلاق لأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهَا.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: كَلامُنَا فِي الطَّلاق المُعَلق بالولادَة وَالمُعَلقُ بالشَّيْء لازمٌ منْ لوَازمه وَالولادَةُ تَثْبُتُ بشَهَادَتهَا وَالشَّيْءُ إذَا ثَبَتَ ثَبَتَ بجَميع لوَازمه وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بالحَبَل) يَعْني إذْ **أَقَرَّ الزَّوْجُ بالحَبَل ثُمَّ عَلقَ طَلاقَهَا بالولادَة فَقَالتْ المَرْأَةُ وَلَدْت وَكَذَّبَهَا الزَّوْجُ** فَإِنَّ الطَّلاقَ يَقَعُ عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ خلافًا لهُمَا.

وَعَلى هَذَا الاخْتلاف إذَا كَانَ الحَبَلُ ظَاهرًا ثُمَّ عَلقَ الطَّلاقَ. لهُمَا أَنَّهَا إذَا ادَّعَتْ الحنْثَ فَلا بُدَّ لهَا منْ حُجَّة وَشَهَادَتُهَا فيه حُجَّةٌ عَلى مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلة الأُولى (وَلهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بالحَبَل إقْرَارٌ بمَا يُفْضِي إليْه الحَبَلُ وَهُوَ الولادَةُ) وَلأَنَّ إقْرَارَهُ بحَبَلهَا إقْرَارٌ بكَوْنهَا مُؤْتَمَنَةً وَالقَوْلُ قَوْلُ المُؤْتَمَن فِي دَعْوَى رَدِّ الأَمَانَة، وَهَذَا يُرْشدُك إلى أَنَّ وُجُودَ الشَّرْط إنَّمَا يَسْتَلزمُ وُجُودَ الجَزَاء عنْدَهُ إذَا كَانَ وُجُودُ الشَّرْط بدَليلٍ يُمْكنُ أَنْ يَكُونَ دَليلا عَلى الجَزَاء عنْدَ انْفرَاده عَنْ الشَّرْط، وَالإِقْرَارُ كَذَلكَ، بخلاف شَهَادَة القَابلة فِي المَسْأَلة الأُولى فَتَلمَحُ منْهُ جَوَابَ الاعْترَاض هُنَاكَ.

قَالَ (وَأَكثَرُ مُدَّةِ الحَملِ سَنَتَانِ) لِقَولِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنهَا الوَلَدُ لا يَبقَى فِي البَطنِ أَكثَرَ مِن سَنَتَينِ وَلَو بِظِلِ مِغزَلٍ (وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشهُرٍ) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ وَحَمْلُهُۥ

وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ثُمَّ قَالَ ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ﴾ [لقمان: ١٤] فَبَقِيَ للحَمل سِتَّةُ أَشهُرٍ وَالشَّافِعِيُّ يُقدِّرُ الأكثَرَ بِأَربَعِ سِنِينَ، وَالحُجَّةُ عليهِ مَا رَوَينَاهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالتهُ سَمَاعًا إِذ العقلُ لا يَهتَدِي إِليهِ.

الشرح:

قَال (**وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْل** سَنَتَانِ لقَوْل عَائشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: الوَلدُ لا يَبْقَى فِي البَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلوْ بِظِل مِغْزَل): أَيْ بِقَدْرِ ظِلِّ مِغْزَلٍ حَال الدَّوَرَان، وَالغَرَضُ تَقْلِيلُ المُدَّةِ، فَإِنَّ ظِل المِغْزَل حَالةَ الدَّوَرَان أَسْرَعُ زَوَالا مِنْ سَائِرِ الظِّلال. وَرِوَايَةُ المَبْسُوطِ وَالإِيضَاحِ وَبَعْضِ نُسَخِ الكِتَاب. وَلوْ بِفَلكَةِ مِغْزَلٍ: أَيْ وَلوْ بِدَوْرِ فَلكَةِ مِغْزَلٍ وَالمَعْنَى هُوَ مَا فِي الرِّوَايَةِ الأُخْرَى، وَالظَّاهِرُ أَنَّ عَائِشَةَ قَالتْهُ سَمَاعًا لأَنَّ العَقْل لا يَهْتَدِي إلى مَعْرِفَةِ المَقَادِير، وَإِنَّمَا قَدَّمَ بَيَانَ أَكْثَرِ المُدَّةِ عَلى أَقَلهَا اهْتِمَامًا بِذِكْرِهِ لكَوْنِه مُخْتَلفًا فيه.

(**وَأَقَلُّهُ** سِتَّةُ أَشْهُرٍ لقَوْله تَعَالى ﴿وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾ ثُمَّ قَال ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ﴾ فَبَقِيَ للحَمْل سِتَّةُ أَشْهر) وَهَذَا تَأْوِيلٌ أَخْرَجَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ، ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوط فَقَال رُوِيَ أَنَّ رَجُلا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلدَتْ وَلدًا لسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَهَمَّ عُثْمَانُ بِرَجْمِهَا فَقَال ابْنُ عَبَّاسٍ: أَمَّا إِنَّهَا لوْ خَاصَمَتْكُمْ بِكِتَابِ الله لخَصَمَتْكُمْ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾ وَقَال تَعَالى ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ﴾ فَإِذَا ذَهَبَ للفِصَال عَامَانِ لمْ يَبْقَ للحَمْل إلا سِتَّةُ أَشْهُرٍ، فَدَرَأَ عُثْمَانُ الحَدَّ عَنْهَا وَأَثْبَتَ النَّسَبَ مِنْ الزَّوْجِ.

قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: وَهَذَا التَّقْرِيرُ الذي ذُكِرَ هُنَا فِي تَأْوِيل الآيَة مُخَالفٌ لمَا ذَكَرَهُ فِي الرَّضَاعِ مِنْ هَذَا الكتَاب؛ لأَنَّهُ جَعَل هُنَاكَ ثَلاثِينَ شَهْرًا مُدَّةً لكُل وَاحِدٍ مِنْ الحَمْل وَالفِصَال، ثُمَّ أَظْهَرَ المُنْقِصَ فِي حَقِّ الحَمْل وَهَاهُنَا جَعَلهَا مُدَّتَهُمَا جَمِيعًا ثُمَّ أَصَابَ مِنْهُمَا الفِصَال عَامَان بِقَوْله تَعَالى وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ وَمِنْ ضَرُورَته أَنْ يَبْقَى للحَمْل سِتَّةُ أَشْهُرٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ اسْتِدْلالهُ هُنَاكَ إِنَّمَا كَانَ بِالنَّظَرِ إلى الآيَة الأُولى وَهَاهُنَا بِالنَّظَرِ إِليْهَا وَإِلى الأُخْرَى، وَجَازَ أَنْ تَكُونَ الآيَةُ نَظَرًا إلى ذَاتِهَا مُفِيدَةً لحُكْمٍ، وَبِالنَّظَرِ إِليْهَا وَإِلى غَيْرِهَا مُفِيدَةً لحُكْمٍ آخَرَ فَتَأَمَّل.

(وَقَال الشَّافعِيُّ: يُقَدِّرُ الأَكْثَرُ بِأَرْبَعِ سِنِينَ) وَاحْتَجَّ عَلى ذَلكَ بِحكَايَاتٍ مِثْلُ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلانَ مَوْلى فَاطِمَةَ بِنْتِ الوَليدِ بْنِ عُتْبَةَ بَقِيَ فِي بَطْنِ أُمِّه أَرْبَعَ سِنِينَ،

وَكَذَلِكَ هَرَمُ بْنُ حَيَّانَ فَسُمِّيَ هَرِمًا لِذَلِكَ، وَالضَّحَّاكُ بْنُ مُزَاحِمٍ هَكَذَا فَسُمِّيَ ضَحَّاكًا لِأَنَّهُ ضَحِكَ حِينَ وُلِدَ وَغَيْرُهُمْ (وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالَتْهُ سَمَاعًا إِذْ الْعَقْلُ لا يَهْتَدِي إِلَيْهِ) أَيْ إِلَى مِقْدَارِ مُدَّةِ مَا فِي الرَّحِمِ.

(وَمَن تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَقَهَا ثُمَّ اشتَرَاهَا، فَإِن جَاءَت بِوَلَدٍ لأَقل من سِتَّةِ أَشهُرٍ مُنذُ يَومِ اشتَرَاهَا لَزِمَهُ وَإِلا لم يَلزَمهُ) لأَنَّهُ فِي الوَجهِ الأَوَّل وَلَدُ المُعتَدَّةِ فَإِنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ على الشِّرَاءِ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي وَلدُ المَملُوكَةِ لأَنَّهُ يُضَافُ الحَادِثُ إِلى أَقرَبِ وَقتِهِ فَلا بُدَّ من دَعوَةٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الطَّلاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَو خُلعًا أَو رَجعِيًّا، أَمَّا إِذَا كَانَ اثنَتَينِ يَثبُتُ النَّسَبُ إِلى سَنَتَينِ مِن وَقتِ الطَّلاقِ لأَنَّهَا حُرِّمَت عَلَيهِ حُرمَةً غَلِيظَةً فَلا يُضَافُ العُلُوقُ إِلا إِلى مَا قَبلَهُ، لأَنَّهَا لا تَحِلُّ بِالشِّرَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَقَهَا) يَعْنِي بَعْدَ الدُّخُول (ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَل مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ اشْتَرَاهَا** لَزِمَهُ وَإِلا فَلا لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّل) يَعْنِي إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَل مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ (وَلَدُ الْمُعْتَدَّة فَإِنَّ الْعُلُوقَ سَابِقٌ عَلى الشِّرَاءِ) لِأَنَّهَا وَلَدَتْ لِأَقَل مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ مِنْ وَقْت الشِّرَاء، **وَنَسَبُ وَلَد الْمُعْتَدَّة يَثْبُتُ بلا دَعْوَة** لِقِيَامِ الفِرَاشِ حُكْمًا (وَفِي الوَجْه الثَّانِي) يَعْنِي مَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّة أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ وَقْت الشِّرَاء (وَلَدُ الْمَمْلُوكَة لِأَنَّهُ يُضَافُ الْحَادِثُ إِلَى أَقْرَب الأَوْقَات) وَأَقْرَبُهَا وَقْتُ كَوْنِهَا مَمْلُوكَةً فَلا يَثْبُتُ إِلا بِالدَّعْوَة. قَالَ الْمُصَنِّفُ (هَذَا إِذَا كَانَ الطَّلاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَوْ خُلعًا أَوْ رَجْعِيًّا، أَمَّا إِذَا كَانَ اثْنَتَيْنِ يَثْبُتُ النَّسَبُ إِلَى سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْت الطَّلاق لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حُرْمَةً غَلِيظَةً فَلا يُضَافُ الْعُلُوقُ إِلا إِلَى مَا قَبْلَهُ لِأَنَّهَا لا تَحِلُّ بِالشِّرَاء) لِأَنَّ الأَمَةَ تَحْرُمُ حُرْمَةً غَلِيظَةً بِتَطْلِيقَتَيْنِ فَلا تَحِلُّ لَهُ بِمِلْك الْيَمِين، وَإِذَا لَمْ تَحِل لا يَقْضِي بِالْعُلُوق مِنْ أَقْرَبِ الأَوْقَات بَل مِنْ أَبْعَدهَا حَمْلا لِأُمُور الْمُسْلِمِينَ عَلى الصَّلاحِ، وَأَبْعَدُ الأَزْمَان هُوَ مَا قَبْل الطَّلاق فَيَلْزَمُهُ الوَلَدُ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَل مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْت الطَّلاق، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الطَّلاقُ وَاحِدًا فَيَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا بِمِلْك الْيَمِين فَيُضَافُ الوَلَدُ إِلَى أَقْرَب الأَوْقَات، فَحِينَئِذ كَانَ وَلَدَ الأَمَة فَلا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِغَيْر دَعْوَة.

فَإِنْ قِيل: وَجَبَ أَنْ تَنْكَشِفَ الْحُرْمَةُ بِمِلْك الْيَمِين وَإِنْ كَانَتْ الْحُرْمَةُ غَلِيظَةً

تَمَسُّكًا بِقَوْلِه تَعَالَى ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَـٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُهُمۡ ﴾ [المعارج: ٢٩-٣٠] أُجِيبَ بِأَنَّهُ وَجَبَ أَنْ لا تَنْكَشِفَ تَمَسُّكًا بِقَوْلِه تَعَالَى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَالطَّلقَةُ الثَّانِيَةُ فِي الإِمَاءِ بِمَنْزِلَةِ الطَّلقَةِ الثَّالِثَةِ فِي الحَرَائِرِ وَالمَحْرَمُ أَقْوَى.

(وَمَن قَال لأَمَتِهِ إن كَانَ فِي بَطنِك وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَت على الوِلادَةِ امرَأَةٌ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لأَنَّ الحَاجَةَ إلى تَعيِينِ الوَلدِ، وَيَثبُتُ ذَلكَ بِشَهَادَةِ القَابِلَةِ بالإجمَاعِ.

الشرح:

وَمَنْ **قَال لأَمَته إنْ كَانَ في بَطْنك وَلَدٌ فَهُوَ منِّي فَشَهدَتْ امْرَأَةٌ عَلى الولادَة** فَهيَ أُمُّ وَلده) لأَنَّ سَبَبَ ثُبُوت النَّسَب وَهيَ الدَّعْوَةُ قَدْ وُجدَ منْ المَوْلى بقَوْله فَهُوَ منِّي وَإنَّمَا الحَاجَةُ إلى تَعْيين الوَلد وَهُوَ يَثْبُتُ بشَهَادَة القَابلة بالإجْمَاع، هَذَا إذَا وَلدَتْ لأَقَل منْ ستَّة أَشْهُر منْ وَقْت الإقْرَار، فَإنْ وَلدَتْ لستَّة أَشْهُر فَصَاعدًا لا يَلزَمُهُ لاحْتمَال أَنَّهَا حَبلتْ بَعْدَ مَقَالة المَوْلى فَلمْ يَكُنْ المَوْلى مُدَّعيًا هَذَا الوَلدَ بخلاف الأَوَّل فَإنَّا تَيَقَّنَّا ثَمَّةَ بقيَام الوَلد في البَطْن وَقْتَ القَوْل فَصَحَّتْ الدَّعْوَى.

(وَمَن قَال لغُلامٍ هُوَ ابنِي ثُمَّ مَاتَ فَجَاءَت أُمُّ الغُلامِ وَقَالت أَنَا امرَأَتُهُ فَهِيَ امرَأَتُهُ وَهُوَ ابنُهُ يَرِثَانِهِ) وَفِي النَّوَادِرِ جُعِل هَذَا جَوَابُ الاستِحسَانِ، وَالقِيَاسُ أَن لا يَكُونَ لهَا المِيرَاثُ لأَنَّ النَّسَبَ كَمَا يَثبُتُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَثبُتُ بِالنِّكَاحِ الفَاسِدِ وَبِالوَطءِ عَن شُبهَةٍ وَبِملكِ اليَمِينِ، فَلم يَكُن قَولُهُ إقرَارًا بِالنِّكَاحِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ المَسأَلةَ فِيمَا إذَا كَانَت مَعرُوفَةً بِالحُرِّيَّةِ وَبِكَونِهَا أُمَّ الغُلامِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ المُتَعَيِّنُ لذَلكَ وَضعًا وَعَادَةً (وَلو لم يَعلم بِأَنَّهَا حُرَّةٌ فَقَالت الوَرَثَةُ أَنتِ أُمُّ وَلدٍ فَلا مِيرَاثَ لهَا) لأَنَّ ظُهُورَ الحُرِّيَّةِ بِاعتِبَارِ الدَّارِ حُجَّةٌ فِي دَفعِ الرِّقِّ لا فِي استِحقَاقِ المِيرَاثِ، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ قَال لغُلامٍ هُوَ ابْني**) وَاضحٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ يَنْبَغي أَنْ لا يَكُونَ لهَا الميرَاثُ في الاسْتحْسَان أَيْضًا لأَنَّ هَذَا النِّكَاحَ يَثْبُتُ لهُ اقْتضَاءً فَثَبَتَ بقَدْر الضَّرُورَة وَهُوَ تَصْحيحُ النَّسَب دُونَ اسْتحْقَاق الإرْث. وَأُجيبَ بأَنَّ النِّكَاحَ عَلى مَا هُوَ الأَصْلُ ليْسَ بمُتَنَوِّعٍ إلى نكَاحٍ هُوَ سَبَبٌ لاسْتحْقَاق الإرْث وَنكَاحٍ ليْسَ بسَبَبٍ لهُ، فَلمَّا ثَبَتَ

النِّكَاحُ بِطَرِيقِ الاقْتِضَاءِ ثَبَتَ مَا هُوَ مِنْ لوَازِمِهِ التِي لا تَنْفَكُّ عَنْهُ شَرْعًا، وَإِنَّمَا قَال عَلى مَا هُوَ الأَصْلُ لِئَلا يَرِدَ نِكَاحُ الكِتَابِيَّةِ وَالأَمَةِ لأَنَّهُ مِنْ العَوَارِضِ. وَرُدَّ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ ثُبُوتَ النِّكَاحِ بِالاقْتِضَاءِ لأَنَّ المُقْتَضِيَ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِتَصْحِيحِ المُقْتَضَى لا مَحَالةَ، وَالمُقْتَضِي هَاهُنَا وَهُوَ النَّسَبُ يَصِحُّ بِلا ثُبُوتِ المُقْتَضَى وَهُوَ النِّكَاحُ بِأَنْ يَكُونَ عَنْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ أَوْ يَكُونَ الوَلدُ وَلدَ أُمِّ الوَلدِ فَلمْ يَفْتَقِرْ ثُبُوتُ النَّسَبِ إِلى النِّكَاحِ لا مَحَالةَ، وَهَذَا سُؤَالٌ فَاسِدٌ نَشَأَ مِنْ عَدَمِ فَهْمِ وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ، فَإِنَّهُ قَال فِيهِ المَسْأَلةُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِالحُرِّيَّةِ فَلمْ يُمْكِنْ أَنْ تَكُونَ أُمَّ وَلدٍ، وَقَال: وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ المُتَعَيِّنُ لِذَلِكَ وَضْعًا وَعَادَةً، وَحِينَئِذٍ لا يَكُونُ عَنْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

باب الولد من أحق به

(وَإِذَا وَقَعَت الفُرقَةُ بَينَ الزَّوجَينِ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِالوَلدِ) لمَا رُوِيَ «أَنَّ امرَأَةً قَالت: يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّ ابنِي هَذَا كَانَ بَطنِي لهُ وِعَاءً وَحِجرِي لهُ حِوَاءً وَثَديِي لهُ سِقَاءً وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنزِعُهُ مِنِّي، فَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: أَنتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لم تَتزَوَّجِي»[1] وَلأَنَّ الأُمَّ أَشفَقُ وَأَقدَرُ عَلى الحَضَانَةِ فَكَانَ الدَّفعُ إِليهَا أَنظَرَ، وَإِليهِ أَشَارَ الصِّدِّيقُ بِقَولهِ: رِيقُهَا خَيرٌ لهُ مِن شَهدٍ وَعَسَلٍ عِندَك يَا عُمَرُ، قَالهُ حِينَ وَقَعَت الفُرقَةُ بَينَهُ وَبَينَ امرَأَتِهِ وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوَافِرُونَ (وَالنَّفَقَةُ عَلى الأَبِ) عَلى مَا نَذكُرُ (وَلا تُجبَرُ الأُمُّ عَليهِ) لأَنَّهَا عَسَت تَعجِزُ عَن الحَضَانَةِ (فَإِن لم تَكُن لهُ أُمٌّ فَأُمُّ الأُمِّ أَولى مِن أُمِّ الأَبِ وَإِن بَعُدَت) لأَنَّ هَذِهِ الوِلايَةَ تُستَفَادُ مِن قِبَلِ الأُمَّهَاتِ (فَإِن لم تَكُن أُمُّ الأُمِّ فَأُمُّ الأَبِ أَولى مِن الأَخَوَاتِ) لأَنَّهَا مِن الأُمَّهَاتِ، وَلهَذَا تَحرُزُ مِيرَاثَهُنَّ السُّدُسَ وَلأَنَّهَا أَوفَرُ شَفَقَةً لِلوِلادِ (فَإِن لم تَكُن لهُ جَدَّةٌ فَالأَخَوَاتُ أَولى مِن العَمَّاتِ وَالخَالاتِ) لأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الأَبَوَينِ وَلهَذَا قُدِّمنَ فِي المِيرَاثِ.

وَفِي رِوَايَةِ الخَالةِ أَولى مِن الأُختِ لأَبٍ لِقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الخَالةُ وَالِدَةٌ»[2] وَقِيل فِي قَوله تَعَالى ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيۡهِ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ ﴾ **[يوسف: ١٠٠] أَنَّهَا كَانَت خَالتَهُ (وَتُقَدَّمُ الأُختُ لأَبٍ وَأُمٍّ) لأَنَّهَا أَشفَقُ (ثُمَّ الأُختُ مِن الأُمِّ ثُمَّ الأُختُ مِن الأَبِ) لأَنَّ**

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)، وانظر نصب الراية (٣/٣٨٨).

(٢) أخرجه أحمد (١/٩٨) عن علي، وانظر نصب الراية (٣/٣٩٠).

الحقُّ لهُنَّ من قِبَلِ الأمِّ (ثُمَّ الخَالاتُ أَولى مِن العمَّاتِ) تَرجيحًا لقَرابَةِ الأمِّ (وَيَنزِلنَ كمَا نَزَلنَا الأَخوَاتُ) معنَاهُ تَرجِيحُ ذَاتِ قَرابَتَينِ ثُمَّ قَرابَةِ الأمِّ (ثُمَّ العمَّاتُ يَنزِلنَ كَذَلك، وَكُلُّ مَن تَزوَّجَت مِن هَؤُلاءِ يَسقُطُ حَقُّهَا) لمَا رَوينَا، وَلأَنَّ زَوجَ الأمِّ إذَا كَانَ أَجنَبِيًّا يُعطِيهِ نَزرًا وَيَنظُرُ إليهِ شَزرًا فَلا نَظَرَ. قَال (إلا الجدَّةَ إذَا كَانَ زَوجُهَا الجَدُّ) لأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ أَبِيهِ فَيَنظُرُ لهُ (وَكَذَلكَ كُلُّ زَوجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ) لقِيَامِ الشَّفَقَةِ نَظرًا إلى القَرابَةِ القَرِيبَةِ (وَمَن سَقَطَ حَقُّهَا بِالتَّزَوُّجِ يَعُودُ إذَا ارتَفَعَت الزَّوجِيَّةُ) لأَنَّ المَانِعَ قَد زَال.

الشرح:

(**بَابُ الوَلَد مَنْ أَحَقُّ به**): مُنَاسَبَةُ هَذَا البَاب لبَاب ثُبُوت النَّسَب ظَاهِرَةٌ لا تَحْتَاجُ إلى بَيَانٍ (**وَإِذَا وَقَعَتْ الفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ** فَالأُمُّ أَحَقُّ بالوَلد لمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْب عَنْ أَبِيه عَنْ جَدِّه «أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إلى رَسُول الله ﷺ فَقَالتْ: إنَّ ابْني هَذَا كَانَ بَطْني لَهُ وِعَاءً، وَحِجْرِي لهُ حِوَاءً، وَثَدْيِي لهُ سِقَاءً، وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْزِعُهُ مِنِّي، فَقَال رَسُولُ الله ﷺ: **أَنْت أَحَقُّ به مَا لَمْ تَتَزوَّجِي**» وَلأَنَّ الأُمَّ أَشْفَقُ) عَلَيْه لزِيَادَة اتِّصَاله بهَا منْ حَيْثُ يُقَصُّ منْهَا بالمقَصِّ (وَأَقْدَرُ عَلى الحَضَانَة) بلُزُومهَا البَيْتَ فَكَانَ في التَّفْويض إلَيْهَا زيَادَةُ مَرْحَمَة لمَنْ هُوَ مَظنَّتُها (وَإليْه أَشَارَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضيَ اللهُ عَنْهُ).

رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ خَاصَمَ أُمَّ عَاصِمٍ بَيْنَ يَدَيْ أَبِي بَكْرٍ ليَنْزِعَ العَاصِمَ منْهَا، فَقَال لهُ أَبُو بَكْرٍ: رِيقُهَا خَيْرٌ لهُ منْ شَهْدٍ وَعَسَلٍ عنْدَك يَا عُمَرُ، قَالهُ وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوافِرُونَ (وَلمْ يُنْكرْ أَحَدٌ) وَالنَّفَقَةُ عَلى الأَب) عَلى مَا سَيَجيءُ (قَوْلُهُ وَلا تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَيْه) أَيْ عَلى أَخْذ الوَلد إذَا أَبَتْ أَوْ لمْ تَطْلُبْ لمَا ذَكَرَهُ، إلا أَنْ لا يَكُونَ للوَلد ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ سوَى الأُمِّ فَتُجْبَرُ عَلى حَضَانَته لئَلا يَفُوتَ حَقُّ الوَلد إذْ الأَجْنَبيَّةُ لا شَفَقَةَ لهَا عَلَيْه (**فَإنْ لمْ تَكُنْ لهُ أُمٌّ) بأَنْ مَاتَتْ أَوْ تَزَوَّجَتْ بأَجْنَبيٍّ** فَإنَّهَا كَالمَعْدُومَة حينَئذ (فَأُمُّ الأُمِّ وَإنْ بَعُدَتْ) لأَنَّ هَذه الولايَةَ تُسْتَفَادُ منْ قبَل الأُمَّهَات لمَا ذَكَرْنَ منْ وُفُورِ شَفَقَتهنَّ، فَمَنْ كَانَتْ تُدْلي إلَيْه بأُمٍّ فَهيَ أَوْلى ممَّنْ تُدْلي بأَب، وَيَسْتَوي في ذَلكَ المُسْلمَةُ وَالكَافرَةُ لأَنَّ حَقَّ الحَضَانَة باعْتبَارِ الشَّفَقَة وَذَلكَ لا يَخْتَلفُ باخْتلاف الدِّين عَلى مَا قيل: كُلُّ شَيْءٍ يُحبُّ وَلدَهُ حَتَّى الحُبَارَى، فَإنْ لمْ تَكُنْ لهُ أُمُّ الأُمِّ بالتَّفْسير المَارِّ فَأُمُّ الأَب أَوْلى منْ الأَخَوَات لأَنَّهَا منْ الأُمَّهَات وَهَذه الولايَةُ بالأُمُومَة (وَلهَذَا) أَيْ وَلكَوْن الجَدَّة منْ

الأُمَّهات (تَحْرُزُ ميراثَ الأُمَّهات السُّدُسَ وَلأَنَّهَا أَوْفَرُ شَفَقَةً للولاد) أيْ لأَجْل الولاد (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ جَدَّةٌ فَالأَخَوَاتُ أَوْلَى منْ العمَّات وَالخَالات لأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الأَبَوَيْنِ وَلهَذَا قُدِّمْنَ في الميرَاث) وَهَذه روَايَةُ كتَاب النِّكَاحِ اعْتبَارًا بقُرْب القَرَابَة وَالأُخْتُ أَقْرَبُ لأَنَّهَا وَلَدُ الأَب وَالخَالَةُ وَلَدُ الجَدِّ.

وَقَال في كتَاب الطَّلاق: وَالخَالَةُ أَوْلَى منْ الأُخْت لأَب اعْتبَارًا بالمُدْلى به، فَإِنَّ الخَالَةَ تُدْلي بالأُمِّ وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلكَ بقَوْله ﷺ «**الخَالَةُ وَالدَةٌ**».

وَقَدْ قيل في تَفْسير قَوْله تَعَالى ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ ﴾ [يوسف: ١٠٠] أَنَّهَا كَانَتْ خَالَتَهُ. وَقَوْلُهُ (وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ لأَب وَأُمٍّ) ظَاهرٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ ذَات قَرَابَتَيْنِ تُرَجَّحُ عَلَى ذَات قَرَابَة وَاحدَة لمَا فيهَا منْ زيَادَة الشَّفَقَة.

قَال في النِّهَايَة: وَيَجُوزُ التَّرْجيحُ بمَا لا يَكُونُ علةً للاسْتحْقَاق، أَلا تَرَى أَنَّ الأَخَ لأَب وَأُمٍّ مُقَدَّمٌ في العُصُوبَة عَلى الأَخ لأَب بسَبَب قَرَابَة الأُمِّ وَقَرَابَةُ الأُمِّ لَيْسَتْ بسَبَب لاسْتحْقَاق العُصُوبَة بهَا، كَذَا في المَبْسُوط وَالجَامع الصَّغير لقَاضي خَانْ وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ قَرَابَةَ الأُمِّ لَيْسَتْ بسَبَب لاسْتحْقَاق العُصُوبَة بهَا أَصْلا، بخلاف قَرَابَة الأَب في اسْتحْقَاق الحَضَانَة فَإِنَّ لهَا ذَلكَ عنْدَ عَدَم قَرَابَة الأُمِّ.

قَال (وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ منْ هَؤُلاء سَقَطَ حَقُّهَا) كُلُّ مَنْ لَهَا حَقُّ الحَضَانَة ممَّنْ ذَكَرْنَا سَقَطَ حَقُّهَا فيمَا إذَا تَزَوَّجَتْ لمَا رَوَيْنَا منْ قَوْله ﷺ «**أَنْت أَحَقُّ به مَا لَمْ تَتزَوَّجي**» وَلأَنَّ حَقَّ الحَضَانَة للنَّظَر للصَّغير وَقَدْ فَاتَ عنْدَ التَّزَوُّج لأَنَّ زَوْجَ الأُمِّ يُعْطيه نَزْرًا: أَيْ قَليلا، وَيَنْظُرُ إلَيْه شَزَرًا: أَيْ نَظَرَ المُبْغض فَلا نَظَرَ لَهُ إذْ ذَاكَ (إلا الجَدَّةَ إذَا كَانَ زَوْجُهَا الجَدَّ لأَنَّهُ قَائمٌ مَقَامَ أَبيه فَيَنْظُرُ لَهُ، وَكَذَا كُلُّ زَوْج هُوَ ذُو رَحم مَحْرَم منْ الوَلَد) كَالعَمِّ إذَا تَزَوَّجَ بأُمِّ الوَلَد (لقيَام الشَّفَقَة نَظَرًا إلى القَرَابَة القَريبَة. وَمَنْ سَقَطَ حَقُّهَا بالتَّزَوُّج يَعُودُ إذَا ارْتَفَعَتْ الزَّوْجيَّةُ لأَنَّ المَانعَ قَدْ زَال).

(**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ للصَّبيِّ امْرَأَةٌ منْ أَهْله فَاخْتَصَمَ فيه الرِّجَالُ فَأَوْلاهُمْ أَقْرَبُهُمْ** تَعْصيبًا) لأَنَّ الوِلايَةَ للأَقْرَب وَقَدْ عُرفَ التَّرْتيبُ في مَوْضعه، غَيْرَ أَنَّ الصَّغيرَةَ لا تُدْفَعُ إلى عَصَبَة غَيْر مُحَرَّم كَمَوْلى العَتَاقَة وَابْن العَمِّ تَحَرُّزًا عَنْ الفتْنَة.

الشرح:

(**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ للصَّبيِّ امْرَأَةٌ منْ أَهْله فَاخْتَصَمَ فيه الرِّجَالُ فَأَوْلاهُمْ** به **أَقْرَبُهُمْ**

تَعْصِيبًا لأَنَّ الوِلايَةَ للأَقْرَبِ وَقَدْ عُرِفَ التَّرْتِيبُ فِي مَوْضِعِه) فِي بَابِ المِيرَاثِ وَوِلايَةِ الإِنْكَاحِ، فَإِنْ اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ لأَبٍ وَأُمٍّ فَأَصَحُّهُمْ دِينًا وَوَرَعًا أَحَقُّ بِهِ لأَنَّ ضَمَّهُ إِلَيْهِ أَنْفَعُ لأَنَّهُ يَتَخَلَقُ بِأَخْلاقِه، فَإِنْ تَسَاوَوْا فَأَكْبَرُهُمْ سِنًّا أَحَقُّ بِهِ لأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ثُبُوتًا فَعِنْدَ التَّعَارُضِ يَتَرَجَّحُ بِهِ كَذَا فِي المَبْسُوطِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لا تُدْفَعُ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ كَمَوْلَى العَتَاقَةِ وَابْنِ العَمِّ عِنْدَ وُجُودِ مَحْرَمٍ غَيْرِ عَصَبَةٍ كَالخَالِ بَلْ تُدْفَعُ إِلَى الخَالِ تَحَرُّزًا عَنْ الفِتْنَةِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ التُّمُرْتَاشِيُّ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْ العَصَبَةِ تُدْفَعُ إِلَى الأَخِ لأُمٍّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثُمَّ إِلَى ذَوِي الأَرْحَامِ الأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا حَقَّ لِذَكَرٍ مِنْ قِبَلِ النِّسَاءِ وَالتَّدْبِيرُ لِلقَاضِي يَدْفَعُ إِلَى ثِقَةٍ تَحْضُنُهُ.

(وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالغُلامِ حَتَّى يَأكُلَ وَحدَهُ وَيَشرَبَ وَحدَهُ وَيَلبَسَ وَحدَهُ وَيَستَنجِيَ وَحدَهُ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى يُستَغنَى فَيَأكُلُ وَحدَهُ وَيَشرَبُ وَحدَهُ وَيَلبَسُ وَحدَهُ) وَالمَعنَى وَاحِدٌ لأَنَّ تَمَامَ الاستِغنَاءِ بِالقُدرَةِ عَلَى الاستِنجَاءِ. وَوَجهُهُ أَنَّهُ إِذَا استَغنَى يَحتَاجُ إِلَى التَّأَدُّبِ وَالتَّخَلُّقِ بِآدَابِ الرِّجَالِ وَأَخلاقِهِم، وَالأَبُ أَقدَرُ عَلَى التَّأدِيبِ وَالتَّثقِيفِ، وَالخَصَّافُ قَدَّرَ الاستِغنَاءَ بِسَبعِ سِنِينَ اعتِبَارًا لِلغَالِبِ (وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ) لأَنَّ بَعدَ الاستِغنَاءِ تَحتَاجُ إِلَى مَعرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ وَالمَرأَةُ عَلَى ذَلِكَ أَقدَرُ وَبَعدَ البُلُوغِ تَحتَاجُ إِلَى التَّحصِينِ وَالحِفظِ وَالأَبُ فِيهِ أَقوَى وَأَهدَى. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تُدفَعُ إِلَى الأَبِ إِذَا بَلَغَت حَدَّ الشَّهوَةِ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى الصِّيَانَةِ. (وَمَن سِوَى الأُمِّ وَالجَدَّةِ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبلُغَ حَدًّا تُشتَهَى، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى تَستَغنِيَ) لأَنَّهَا لا تَقدِرُ عَلَى استِخدَامِهَا، وَلِهَذَا لا تُؤَاجِرُهَا لِلخِدمَةِ فَلا يَحصُلُ المَقصُودُ، بِخِلافِ الأُمِّ وَالجَدَّةِ لِقُدرَتِهِمَا عَلَيهِ شَرعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالغُلامِ) وَاضِحٌ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِزِيَادَةِ لَفْظِ " يَسْتَغْنِيَ " وَحَذَفَ لَفْظَ " يَسْتَنْجِيَ، وَذَكَرَ أَنَّ المَعْنَى وَاحِدٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا لِلغَالِبِ) يَعْنِي أَنَّ الصَّبِيَّ فِي الغَالِبِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ يَسْتَغْنِي عَنْ الحَضَانَةِ وَالتَّرْبِيَةِ فَحِينَئِذٍ يَسْتَنْجِي وَحْدَهُ.

وَقَوْلُهُ (تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ) كَالغَزْلِ وَالطَّبْخِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ وَنَحْوِهَا

(وَالمَرْأَةُ عَلى ذَلكَ أَقْدَرُ مِنْ الرَّجُل وَبَعْدَ البُلُوغِ تَحْتَاجُ إلى التَّحْصِينِ) بِالتَّزْوِيجِ، وَوِلايَةُ التَّزْوِيجِ إلى الأَبِ وَإلى الحِفْظ عَنْ وُقُوعِ الفِتْنَة (وَالأَبُ فِيهِ أَقْوَى وَأَهْدَى) لأَنَّ للرِّجَال مِنْ الغَيْرَة مَا لَيْسَ بِالنِّسَاءِ فَيَتَمَكَّنُ الأَبُ مِنْ حِفْظِهَا عَلى وَجْه لا تَتَمَكَّنُ الأُمُّ مِنْ ذَلكَ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّد أَنَّهَا إذَا بَلغَتْ حَدَّ الشَّهْوَة تُدْفَعُ إلى الأَبِ لتَحقُّقِ الحَاجَةِ إلى الصِّيَانَة، وَحَدُّ الشَّهْوَة أَنْ تَبْلُغَ إحْدَى عَشْرَةَ سَنَةً فِي قَوْلهِمْ، كَذَا فِي النِّهَايَة. وَقَال الفَقيهُ أَبُو اللَيْث: حَدُّ الشَّهْوَة أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ، وَقِيل إذَا بَلغَتْ سِتَّ سِنِينَ أَوْ سَبْعًا أَوْ ثَمَانٍ إنْ كَانَتْ عَبْلَةً وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سِوَى الأُمِّ وَالجَدَّة) يَعْنِي إذَا **كَانَتْ الصَّغِيرَةُ عِنْدَ الأَخَوَاتِ أَوْ الخَالاتِ أَوْ العَمَّاتِ** فَإِنَّهَا تُتْرَكُ عِنْدَهُنَّ إلى أَنْ تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى عَلى رِوَايَةِ القُدُورِيِّ، وَحَتَّى تَسْتَغْنِيَ عَلى رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ فَتَأْكُل وَحْدَهَا وَتَلبَسَ وَحْدَهَا، لأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَاجُ إلى تَعَلُّمِ آدَابِ النِّسَاءِ لكِنْ فِيهِ نَوْعُ اسْتِخْدَامٍ للصَّغِيرَة وَلَيْسَ لغَيْرِ الأُمِّ وَالجَدَّتَيْنِ وِلايَةُ الاسْتِخْدَام (وَلهَذَا لا تُؤَاجِرُهَا للخِدْمَة فَلا يَحْصُلُ المَقْصُودُ وَهُوَ التَّعْليمُ، بِخِلافِ الأُمِّ وَالجَدَّة) لقُدْرَتِهِمَا عَلى الاسْتِخْدَامِ شَرْعًا..

قَال (وَالأَمَةُ إذَا أَعتَقَهَا مَولاهَا وَأمُّ الوَلدِ إذَا أُعتِقَت كَالحُرَّةِ فِي حَقِّ الوَلدِ) لأَنَّهُمَا حُرَّتَانِ أَو أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ (وَليسَ لهُمَا قَبل العِتقِ حَقٌّ فِي الوَلدِ لعَجزِهِمَا) عَن الحَضَانَةِ بِالاشتِغَال بِخِدمَةِ المَولى (وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلدِهَا المُسلمِ مَا لم يَعقِل الأديَانَ أَو يَخَف أَن يَألفَ الكُفرَ) للنَّظَرِ قَبل ذَلكَ وَاحتِمَال الضَّرَرِ بَعدَهُ (وَلا خِيَارَ للغُلامِ وَالجَارِيَةِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُمَا الخِيَارُ لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ خَيَّرَ. وَلنَا أَنَّهُ لقُصُورِ عَقلهِ يَختَارُ مَن عِندَهُ الدَّعَةُ لتَخليَتِهِ بَينَهُ وَبَينَ اللعِبِ فَلا يَتَحَقَّقُ النَّظَرُ، وَقَد صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ لم يُخَيِّرُوا، أَمَّا الحَدِيثُ فَقُلنَا قَد قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «اللهُمَّ اهدِهِ»[1] فَوُفِّقَ لاختِيَارِهِ الأَنظَرَ بِدُعَائِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَو يُحمَلُ عَلى مَا إذَا كَانَ بَالغًا.

الشرح:

وَالأَمَةُ إذَا أَعْتَقَهَا مَوْلاهَا وَأُمُّ الوَلد إذَا أُعْتِقَتْ كَالحُرَّة فِي حَقِّ الوَلد لأَنَّهُمَا حُرَّتَانِ أَوَانَ ثُبُوتِ الحَقِّ، وَليْسَ لهُمَا قَبْل العِتْقِ حَقٌّ فِي الوَلد لعَجْزِهِمَا عَنْ الحَضَانَة بالاشْتِغَال بِخِدْمَةِ المَوْلى، (وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلدِهَا المُسْلمِ) بِأَنْ كَانَ زَوْجُهَا مُسْلمًا (مَا لَمْ

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٤٤)، وانظر نصب الراية (٣/٣٩٤).

يَعْقل الأَدْيَانَ أَوْ يَخَافُ) بِالرَّفْعِ عَلَى الاسْتِئْنَافِ وَبِالجَزْمِ عَطْفًا عَلى يَعْقِلُ (أَنْ يَأْلفَ الكُفْرَ) لأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهَا قَبْل ذَلكَ أَنْظَرُ للصَّبِيِّ وَبَعْدَهُ يُحْتَمَلُ الضَّرَرُ بِانْتِقَاشِ أَحْوَال الكُفْرِ فِي ذِهْنِه (وَلا خِيَارَ للغُلامِ وَالجَارِيَةِ) يَعْنِي بَيْنَ الأَبَوَيْنِ (وَقَال الشَّافِعيُّ: لَهُمَا ذَلِكَ) **إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ** وَيُسَلمُ إِلى مَنْ اخْتَارَهُ، فَإِنْ اخْتَارَ الأَبَ لا يُمْنَعُ مِنْ الزِّيَارَةِ، وَإِنْ اخْتَارَ الأُمَّ فَعَلى الأَبِ مُرَاعَاتُهُ وَتَسْلِيمُهُ إِلى المَكْتَبِ وَالحِرْفَةِ («لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ خَيَّرَ غُلامًا بَيْنَ الأَبَوَيْنِ»).

رَوَى «رَافِعُ بْنُ سِنَانٍ أَنَّهُ أَسْلمَ وَأَبَتْ امْرَأَتُهُ أَنْ تُسْلمَ، فَأَتَتْ النَّبيَّ ﷺ فَقَالتْ ابْنَتِي وَهِيَ فَطِيمٌ، وَقَال رَافِعٌ ابْنَتِي فَقَال النَّبيُّ ﷺ: **أُقْعُدْ نَاحِيَةً**. وَقَال لَهَا: **أُقْعُدِي نَاحِيَةً**، فَأَقْعَدَ الصَّبِيَّةَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ قَال: **اُدْعُوَاهَا**، فَمَالتْ الصَّبِيَّةُ إِلى أُمِّهَا، فَقَال النَّبيُّ ﷺ: **اللهُمَّ اهْدِهَا، فَمَالتْ إِلى أَبِيهَا فَأَخَذَهَا**» (وَلنَا أَنَّهُ لقُصُورِ عَقْله يَخْتَارُ مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَةُ) أَيْ الخَفْضُ وَالرَّاحَةُ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ، وَلكِنَّ قَوْلهُ (أَوْ يُحْمَلُ عَلى مَا إِذَا كَانَ بَالغًا) فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ المَذْكُورَ فِي قِصَّةِ الصَّبِيَّةِ وَقَالتْ ابْنَتِي وَهِيَ فَطِيمٌ فَكَيْفَ يَصِحُّ حَمْلُهُ عَلى مَا إِذَا كَانَ بَالغًا؟ وَالجَوَابُ أَنَّ المُصَنِّفَ قَال خَيَّرَ وَلمْ يَقُل غُلامًا وَلا غَيْرَهُ ليَتَنَاوَل مَا رَوَيْنَا، وَمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُول اللهِ ﷺ خَيَّرَ غُلامًا بَيْنَ الأَبَوَيْنِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَا يَدُلُّ عَلى الصِّغَرِ» فَأَوَّل المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ الأَوَّل بِقَوْلهِ قُلنَا قَدْ قَال عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ إلخ، وَالثَّانِيَ بِقَوْلهِ أَوْ يُحْمَلُ عَلى مَا إِذَا كَانَ بَالغًا.

فصل

(وَإِذَا أَرَادَت المُطَلَقَةُ أَن تَخرُجَ بِوَلدِهَا مِن المِصرِ فَليسَ لهَا ذَلكَ) لمَا فِيهِ مِن الإِضرَارِ بِالأَبِ (إلا أَن تَخرُجَ بِهِ إِلى وَطَنِهَا وَقَد كَانَ الزَّوجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ) لأَنَّهُ التَزَمَ المَقَامَ فِيهِ عُرفًا وَشَرعًا، قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن تَأَهَّل بِبَلدَةٍ فَهُوَ مِنهُم»[1] وَلهَذَا يَصِيرُ الحَربِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا، وَإِن أَرَادَت الخُرُوجَ إِلى مِصرٍ غَيرِ وَطَنِهَا وَقَد كَانَ التَّزَوُّجُ فِيهِ أَشَارَ فِي الكِتَابِ إِلى أَنَّهُ ليسَ لهَا ذَلكَ، وَهَذَا رِوَايَةُ كِتَابِ الطَّلاقِ، وَقَد ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ لهَا ذَلكَ لأَنَّ العَقدَ مَتَى وُجِدَ فِي مَكَان يُوجِبُ أَحكَامَهُ فِيهِ كَمَا يُوجِبُ البَيعُ التَّسليمَ فِي مَكَانِهِ، وَمِن جُملةِ ذَلكَ حَقُّ إِمسَاكِ الأَولادِ.

(١) ذكره الهيثمي في المجمع (٢/١٥٦)، وانظر نصب الراية (٣٩٥).

وَجهُ الأوَّل أَنَّ التَّزَوُّجَ فِي دَارِ الغُربَةِ ليسَ التِزَامًا للمُكثِ فِيهِ عُرفًا، وَهَذَا أَصَحُّ. وَالحَاصِلُ أَنَّهُ لا بُدَّ مِن الأمرَينِ جَمِيعًا: الوَطَنُ وَوُجُودُ النِّكَاحِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ بَينَ المِصرَينِ تَفَاوُتٌ، أَمَّا إِذَا تَقَارَبَا بِحَيثُ يُمكِنُ للوَالِدِ أَن يُطَالِعَ وَلدَهُ وَيَبِيتَ فِي بَيتِهِ فَلا بَأسَ بِهِ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي القَرِيَتَينِ، وَلو انتَقَلَت مِن قَريَةِ المِصرِ إِلى المِصرِ لا بَأسَ بِهِ لأنَّ فِيهِ نَظَرًا للصَّغِيرِ حَيثُ يَتَخَلَّقُ بِأَخلاقِ أَهلِ المِصرِ وَليسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالأَبِ، وَفِي عَكسِهِ ضَرَرٌ بِالصَّغِيرِ لِتَخَلُّقِهِ بِأَخلاقِ أَهلِ السَّوَادِ فَلَيسَ لهَا ذَلكَ.

الشرح:

(**فَصْلٌ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ مَنْ لهُ الحَضَانَةُ بَيَّنَ مَا يَفْعَلُهُ مِنْ الإِخْرَاجِ إِلى القُرَى وَغَيْرِهِ فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ (**وَإِذَا أَرَادَتْ المُطَلَّقَةُ**) **بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ** (**أَنْ تَخْرُجَ مِنْ المِصْرِ**) فَذَلكَ عَلى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: إِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلى وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ العَقْدُ فيه، وَإِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلى مَا لَيْسَ وَطَنَهَا وَلَمْ يَقَعْ فيه العَقْدُ، وَإِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلى وَطَنِهَا وَلَمْ يَقَعْ العَقْدُ فِيهِ، وَإِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلى غَيْرِ وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ العَقْدُ فيه.

فَهِيَ الأَقْسَامُ العَقْليَّةُ، فَإِنْ اتَّفَقَ أَمْرَانِ جَمِيعًا بِأَنْ تَخْرُجَ إِلى وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ العَقْدُ فيه جَازَ وَإِلا فَلا كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ التَزَمَ المُقَامَ فيه عُرْفًا وَشَرْعًا) دَليلُ المُسْتَثْنَى. وَقَوْلُهُ (وَلهَذَا يَصِيرُ الحَرْبِيُّ) أَيْ الشَّخْصُ الحَرْبِيُّ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى (بِهِ) أَيْ بِالتَّزَوُّجِ فِي بَلدَةٍ (ذِمِّيًّا) قَال فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا وَقَعَ غَلطًا لأَنَّ المُصَنِّفَ ذَكَرَ فِي السِّيَرِ وَذَكَرَ أَيْضًا فِي سِيَرِ سَائِرِ الكُتُبِ: **إِذَا تَزَوَّجَ المُسْتَأْمَنُ ذِمِّيَّةً** لا يَصِيرُ ذِمِّيًّا لأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَيَرْجِعَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي بِهِ رَاجِعٌ إِلى التِزَامِ المُقَامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يَئُولُ إِلى أَنْ يُقَال إِنَّهُ بِالتَّزَوُّجِ فِي بَلدِ التَزَمَ المُقَامَ، وَبِالتِزَامِ المُقَامِ يَصِيرُ الحَرْبِيُّ ذِمِّيًّا، وَيَلزَمُ مِنْهُ أَنَّهُ بِالتَّزَوُّجِ فِي بَلدٍ يَصِيرُ الحَرْبِيُّ ذِمِّيًّا فَعَادَ المَحْظُورُ، وَإِنْ لَمْ يُجْعَل مُتَعَلقًا بِذَلكَ يَنْقَطِعُ الكَلامُ عَمَّا قَبْلهُ وَلا يَبْقَى لهُ اتِّصَالٌ فِي مَحَل البَحْثِ فَلا يَليقُ ذَلكَ بِمِثْل المُصَنِّف وَغَيَّرَ بَعْضُهُمْ لفْظَ الحَرْبِيِّ إِلى الحَرْبِيَّةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال: لا حَاجَةَ إِلى تَغْيِيرِ اللفْظ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الحَرْبِيُّ صِفَةً لشَخْصٍ كَمَا قَدَّرْنَا فِي أَوَّل البَحْثِ، وَحِينَئِذٍ يُرَادُ بِهِ الحَرْبِيَّةُ، وَلكِنْ ذَكَرَهُ بِتَأْوِيل الشَّخْصِ وَبِهَذَا يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ غَلطًا إِلى كَوْنِهِ مُلبِسًا، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلهُ

مِنْ بَابِ القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَانِ فَجَعَلَ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَجْهَ القِيَاسِ لأَنَّ التَّزَوُّجَ فِي بَلَدٍ يَصْلُحُ دَلِيلا عَلَى التِزَامِ الْمُقَامِ فِيهِ شَرْعًا وَعُرْفًا لا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ المَرْأَةُ مَمْنُوعَةً عَنْ الخُرُوجِ عَنْ تِلْكَ البَلْدَةِ، وَمَا ذُكِرَ فِي السِّيَرِ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ لأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ صَلحَ دَلِيلا عَلَى التِزَامِ الْمُقَامِ كَتَزَوُّجِ الحَرْبِيَّةِ لِلذِّمِّيِّ إلا أَنَّ قَبُولَ الجِزْيَةِ الْمُوجِبَ لِلذُّلِّ وَالصَّغَارِ مَانِعٌ.

وَرُدَّ بِأَنَّ هَذَا القِيَاسَ وَالاسْتِحْسَانَ غَيْرُ مَنْقُولٍ عَنْ السَّلَفِ فَلا يَصِحُّ بِنَاءُ الجَوَابِ عَلَى ذَلِكَ. وَأَجَابَ شَيْخُ شَيْخِي العَلامَةُ عَبْدُ العَزِيزِ بِأَنَّهُ لَمَّا وَجَدَ مَعْنَى القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَانِ لا وَجْهَ إلى المَنْعِ مِنْ إِطْلاقِ الاسْمِ عَلَيْهِمَا.

وَأَقُولُ: **إِنْ ثَبَتَ فِي حَرْبِيٍّ يَتَزَوَّجُ فِي بَلَدِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَصِيرَ بِهِ ذِمِّيًّا** رِوَايَتَانِ صَحَّ اسْتِخْرَاجُ وَجْهِ القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَانِ وَإِلا فَلا. وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ يُرِيدُ بِهِ القُدُورِيَّ وَوَجْهُ كُلٍّ مِمَّا فِي القُدُورِيِّ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَأَمَّا فِي عَكْسِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَهِيَ أَنْ تَخْرُجَ إلى وَطَنِهَا وَلَمْ يَكُنْ العَقْدُ بِهَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ بِالأَوْلادِ إِلَيْهَا بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ.

وَأَمَّا القِسْمُ الآخَرُ وَهُوَ مَا لا يَكُونُ وَطَنَهَا وَلا وَقَعَ العَقْدُ فِيهِ فَقَدْ اقْتَصَرَ عَنْ ذِكْرِهِ لِظُهُورِهِ مِنْ الأَقْسَامِ البَاقِيَةِ (قَوْلُهُ وَالحَاصِلُ) ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَا. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ بَعْدَ وُجُودِ هَذَيْنِ الوَصْفَيْنِ: لا بُدَّ مِنْ وَصْفٍ آخَرَ هُوَ شَرْطٌ فِيهِ أَيْضًا، وَهُوَ أَنْ لا يَنْتَقِلَ إلى دَارِ الحَرْبِ وَإِنْ كَانَتْ وَطَنَهَا وَوَقَعَ العَقْدُ فِيهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الحَرْبِيَّةَ بِالتَّزَوُّجِ فِي دَارِ الإِسْلامِ تَصِيرُ ذِمِّيَّةً فَأَنَّى يَتَسَنَّى لَهَا الانْتِقَالُ إِلَيْهَا. وَالجَوَابُ أَنَّ مُرَادَهُ **مُسْلِمٌ عَقَدَ عَلَى مُسْلِمَةٍ فِي وَطَنِهَا دَارِ الحَرْبِ فَخَرَجَا إِلَيْنَا وَوَقَعَتْ الفُرْقَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فَأَرَادَتْ الخُرُوجَ إلى دَارِ الحَرْبِ بِوَلَدِهَا** لَمْ تُمَكَّنْ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ وُجِدَ الأَمْرَانِ جَمِيعًا وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

باب النفقة

قال (النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوجَةِ عَلَى زَوجِهَا مُسلمَةً كَانَت أَو كَافِرَةً إِذَا سَلمَت نَفسَهَا إِلَى مَنزِلِهِ فَعَلَيهِ نَفَقَتُهَا وَكِسوَتُهَا وَسُكنَاهَا) وَالأَصلُ فِي ذَلِكَ قَوله تَعَالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ **[الطلاق: ٧] وقوله تعالى** ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ **[البقرة: ٢٣٣] وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ حَجَّةِ الوَدَاعِ**

«وَلَهُنَّ عَلَيكُم رِزقُهُنَّ وَكِسوَتُهُنَّ بِالمَعرُوفِ»(١) وَلأَنَّ النَّفقَةَ جَزَاءُ الاحتِبَاسِ فَكُلُّ مَن كَانَ مَحبُوسًا بِحَقٍّ مَقصُودٍ لِغَيرِهِ كَانَت نَفَقَتُهُ عَلَيهِ: أَصلُهُ القَاضِي وَالعَامِلُ فِي الصَّدَقَاتِ. وَهَذِهِ الدَّلائِلُ لا فَصلَ فِيهَا فَتَستَوِي فِيهَا المُسلِمَةُ وَالكَافِرَةُ (وَيُعتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهُمَا جَمِيعًا) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا اختِيَارُ الخَصَّافِ وَعَلَيهِ الفَتوَى، وَتَفسِيرُهُ أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا مُوسِرَينِ تَجِبُ نَفَقَةُ اليَسَارِ، وَإِن كَانَا مُعسِرَينِ فَنَفَقَةُ الإِعسَارِ، وَإِن كَانَت مُعسِرَةً وَالزَّوجُ مُوسِرًا فَنَفَقَتُهَا دُونَ نَفَقَةِ المُوسِرَاتِ وَفَوقَ نَفَقَةِ المُعسِرَاتِ.

وَقَالَ الكَرخِيُّ: يُعتَبَرُ حَالُ الزَّوجِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ **وَجهُ الأَوَّلِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِهِندَ امرَأَةِ أَبِي سُفيَانَ «خُذِي مِن مَالِ زَوجِكِ مَا يَكفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعرُوفِ»(٢) اعتَبَرَ حَالَهَا وَهُوَ الفِقهُ فَإِنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِطَرِيقِ الكِفَايَةِ، وَالفَقِيرَةُ لا تَفتَقِرُ إِلَى كِفَايَةِ المُوسِرَاتِ فَلا مَعنَى لِلزِّيَادَةِ، وَنَحنُ نَقُولُ بِمُوجَبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطِبُ بِقَدرِ وُسعِهِ وَالبَاقِي دَينٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَعنَى قَولِهِ بِالمَعرُوفِ الوَسَطُ وَهُوَ الوَاجِبُ وَبِهِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لا مَعنَى لِلتَّقدِيرِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ عَلَى المُوسِرِ مُدَّانِ وَعَلَى المُعسِرِ مُدٌّ وَعَلَى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصفُ مُدٍّ، لأَنَّ مَا وَجَبَ كِفَايَةً لا يَتَقَدَّرُ شَرعًا فِي نَفسِهِ.**

الشرح:

(**بَابُ النَّفَقَةِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ حَقِّ الحَضَانَةِ لِلوَلَدِ وَمَنْ لَهَا الحَضَانَةُ احْتَاجَ إِلَى بَيَانِ النَّفَقَةِ وَمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ ثُمَّ اسْتَطْرَدَ بِذِكْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ السُّكْنَى وَغَيْرِهِ. وَالنَّفَقَةُ اسْمٌ بِمَعْنَى الإِنْفَاقِ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ الإِدْرَارِ عَلَى الشَّيْءِ بِمَا بِهِ يَقُومُ بَقَاؤُهُ. **وَنَفَقَةُ الشَّخْصِ عَلَى غَيْرِهِ تَجِبُ بِأَسْبَابٍ**: مِنْهَا الزَّوْجِيَّةُ وَمِنْهَا النَّسَبُ وَمِنْهَا المِلْكُ. وَفُتِحَ البَابُ بِنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ لأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ أَصْلُ النَّسَبِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَالنَّسَبُ أَقْوَى مِنْ المِلْكِ لأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الوَلَدِ كَالإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهِ لِكَوْنِهِ جُزْءًا مِنْهُ وَكَذَا عَلَى الوَالِدَيْنِ. قَالَ (**النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلَمَتْ نَفْسَهَا إِلَى مَنْزِلِهِ**) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا الشَّرْطُ لَيْسَ بِلازِمٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ،

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في النفقات باب ٩، ١٤، ومسلم في الأقضية (٧).

وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة بَعْدَ صِحَّة العَقْد النَّفَقَةُ وَاجبَةٌ لَهَا وَإِنْ لَمْ تَنْتَقل إلى بَيْت الزَّوْجِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ لوْ لَمْ يَطْلُبْ انْتقَالَها إلى بَيْته كَانَ لَها أَنْ تُطَالبَهُ بالنَّفقَة.

وَقَال فِي الإِيضَاحِ: وَهَذَا لأَنَّ النَّفَقَةَ حَقُّ المَرْأَة وَالانْتقَال حَقُّ الزَّوْجِ، فَإِذَا لَمْ يُطَالبْهَا بالنُّقْلة فَقَدْ تَرَكَ حَقَّهُ وَهَذَا لا يُوجِبُ بُطْلانَ حَقِّهَا (**وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ**) **أَيْ فِي وُجُوب النَّفَقَة** قَوْله تَعَالى ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ أَمْرٌ بالإِنْفَاق وَالأَمْرُ للوُجُوب. وَقَوْلُهُ تَعَالى ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أَيْ بالوَسَط.

وَقَال الزَّجَّاجُ فِي تَفْسيره بمَا يَعْرِفُونَ أَنَّهُ العَدْلُ عَلى قَدْر الإِمْكَان، وَكَلمَةُ عَلى للوُجُوب (وَقَوْلُهُ ﷺ فِي حَجَّة الوَدَاع) «**أُوصيكُمْ بالنِّسَاء خَيْرًا فَإِنَّهُنَّ عنْدَكُمْ عَوَانٌ، اتَّخَذْتُمُوهُنَّ بأَمَانَة الله وَاسْتَحْللتُمْ فُرُوجَهُنَّ بكَلمَة الله، وَإِنَّ لكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لا يُوطئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا، وَأَنْ لا يَأْذَنَّ فِي بُيُوتكُمْ لأَحَد تَكْرَهُونَهُ. فَإِذَا فَعَلنَ ذَلكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ**« (و) إنَّ «**لهُنَّ عَلَيْكُمْ نَفقَتَهُنَّ وَكسْوَتَهُنَّ بالمَعْرُوف، وَلأَنَّ النَّفقَة جَزَاءُ الاحْتبَاسِ فَكُلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوسًا بحَقٍّ مَقْصُود لغَيْره كَانَتْ نَفقَتُهُ عَلَيْه أَصْلُهُ القَاضِي وَالعَاملُ فِي الصَّدَقَات**» وَنُوقضَ بالرَّهْنِ فَإِنَّهُ مَحْبُوسٌ بحَقٍّ مَقْصُودٍ للمُرْتَهنِ وَهُوَ الاسْتيثَاقُ وَنَفقَتُهُ ليْسَتْ عَلَيْه بَل هيَ عَلى الرَّاهنِ.

وَأُجيبَ بأَنَّ الرَّهْنَ مَحْبُوسٌ بحَقِّ الرَّاهنِ أَيْضًا وَهُوَ كَوْنُهُ مُوفيًا عنْدَ الهَلاك وَلهَذَا لَمْ تَجبْ النَّفَقَةُ عَلى المُرْتَهنِ (وَهَذه الدَّلائلُ) يَعْنِي التي ذَكَرَهَا منْ الكتَاب وَالسُّنَّة (لا فَصْلَ فِيهَا فَيَسْتَوِي المُسْلمَةُ وَالكَافرَةُ وَيُعْتَبَرُ فِي ذَلكَ حَالُهُمَا) هَذَا لفْظُ القُدُوريِّ قَال المُصَنِّفُ (وَهَذَا) أَيْ اعْتبَارُ حَالهمَا فِي ذَلكَ (اخْتيَارُ الخَصَّاف وَعَلَيْه الفَتْوَى، وَتَفْسيرُهُ) أَيْ تَفْسيرُ قَوْل الخَصَّاف وَهُوَ عَلى أَرْبَعَة أَقْسَام: قِسْمَة عَقْليَّة، إمَّا أَنْ يَكُونَا مُوسرَيْنِ أَوْ مُعْسرَيْنِ، أَوْ الزَّوْجُ مُوسرًا وَالزَّوْجَةُ مُعْسرَةً، أَوْ بالعَكْسِ منْ ذَلكَ. فَفي الأَوَّل تَجبُ نَفَقَةُ اليَسَار، وَفِي الثَّانِي نَفَقَةُ الإِعْسَار، وَفِي الثَّالث نَفقَتُهَا دُونَ نَفقَة المُوسرَات وَفَوْقَ نَفَقَة المُعْسرَات إذَا كَانَ الزَّوْجُ يَأْكُلُ الحلوَى وَالحَمَل المَشْويَّ وَالبَاجَّات، وَالمَرْأَةُ كَانَتْ تَأْكُلُ فِي بَيْتهَا خُبْزَ الشَّعيرِ لا يُؤْمَرُ الزَّوْجُ بأَنْ يُطْعمَهَا مَا يَأْكُلُ بنَفْسه وَلا مَا كَانَتْ المَرْأَةُ تَأْكُلُ فِي بَيْتهَا وَلكنْ يُطْعمُهَا فيمَا بَيْنَ ذَلكَ، يُطْعمُهَا خُبْزَ البُرِّ وَبَاجَّةً أَوْ بَاجَّتَيْنِ.

وَلَمْ يَذْكُرْ الْمُصَنِّفُ القِسْمَ الرَّابِعَ لأَنَّهُ يُعْلَمُ مِنْ القِسْمِ الثَّالث، فَإِنَّ الخَصَّافَ ذَكَرَ فِي كِتَابه: يَفْرِضُ لَهَا نَفقَةً صَالِحَةً يَعْنِي وَسَطًا، فَيُقَالُ لهُ: تُكَلفُ أَنْ تُطْعِمَهَا خُبْزَ البُرِّ وَبَاجَةً أَوْ بَاجَتَيْنِ كَيْ لا يَلحقَهَا الضَّرَرُ، وَلَمْ يَزِدْ عَلى مَا فُهِمَ مِنَ القِسْمِ الثَّالثِ مِنْ تَوْسِيطِ الحَال.

وَقَال: وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَقُولُ لَمَّا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ مُعْسِرٍ فَقَدْ رَضِيَتْ بِنَفقَة الْمُعْسِرَيْنِ فَلا تَسْتَوْجِبُ عَلى الزَّوْجِ إلا بِحَسَبِ حَاله (وَقَال الكَرْخِيُّ: يُعْتَبَرُ حَالُ الزَّوْجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافعِيِّ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْ أَصْحَابنا، وَالدَّليلُ عَليْه قَوْله تَعَالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾، ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ اعْتَبَرَ حَال الرَّجُل فِي الحَالتَيْنِ جَمِيعًا وَأَمَرَهُ بالإِنْفَاق فَلا مَصِيرَ إلى غَيْره.

وَجْهُ الأَوَّل يَعْنِي قَوْل الخَصَّاف فِي اعْتِبَارِ حَالهِمَا وَقَوْلُهُ ﷺ لِهنْد امْرَأَة أَبي سُفْيَانَ رَوَى البُخَارِيُّ بِإِسْنَاده إلى عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا «أَنَّ هِنْدًا بِنْتَ عُتْبَةَ قَالتْ: يَا رَسُول الله إنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلدِي إلا مَا أَخَذْت مِنْهُ وَهُوَ لا يَعْلَمُ، فَقَال: **خُذي مَا يَكْفِيك وَوَلدَك بِالْمَعْرُوف**» فَاعْتُبِرَ حَالُهَا وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: هَذَا الدَّليلُ غَيْرُ مُطَابِقٍ للمُدَّعِي لأَنَّ الْمُدَّعَى هُوَ الاعْتِبَارُ بحَالهِمَا.

وَالحَديثُ يَدُلُّ عَلى اعْتِبَارِ حَالهَا عَلى مَا صَرَّحَ به الشَّيْخ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بأَنَّ الْمُحْتَاجَ إليْه هُوَ بَيَانُ اعْتِبَارِ حَالهَا، وَأَمَّا اعْتِبَارُ حَاله فَالآيَةُ تَدُلُّ عَليْه وَالخَصْمُ يَقُولُ به، فَإِذَنْ الآيَةُ تَدُلُّ عَلى اعْتِبَارِ حَاله وَالحَديثُ عَلى اعْتِبَارِ حَالهَا، فَوَجَبَ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا بأَنْ يَكُونَ حَالُهُ مُعْتَبَرًا مِنْ وَجْه وَحَالُهَا كَذَلكَ. فَإِنْ قِيل: هَذَا عَلى تَقْديرِ التَّعَارُضِ وَالحَديثُ لا يُعَارِضُ الآيَةَ لكَوْنه مِنْ الآحَاد.

فَالجَوَابُ أَنَّ الحَديثَ تَفْسِيرُ لقَوْله تَعَالى ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ فَتَكُونُ الْمُعَارَضَةُ حِينَئذ بَيْنَ الآيَتَيْنِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا. قَال الْمُصَنِّفُ اخْتيَارًا مِنْهُ لقَوْل الخَصَّاف (وَهُوَ) أَيْ اعْتِبَارُ حَالهِمَا هُوَ (الفقْهُ، فَإِنَّ النَّفَقَةَ تَجبُ بطَرِيقِ الكفَايَة وَالفَقيرَةُ لا تَفْتَقرُ إلى كفَايَة الْموسرَات فَلا مَعْنَى للزِّيَادَة) يَعْنِي عَلى كفَايَتهَا نَظَرًا إلى حَال الزَّوْج. وَأَجَابَ عَنْ قَوْله تَعَالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ بقَوْله (وَنَحْنُ نَقُولُ بمُوجَبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطَبُ أَنْ يُنْفقَ بقَدْرِ وُسْعِه) لئَلا يَلزَمَ التَّكْليفُ بمَا ليْسَ في

الوُسْعِ، لكِنْ إنْ زَادَتْ كِفَايَتُهَا عَلَى مَا فِي وُسْعِهِ يَكُونُ للبَاقِي دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ عَمَلا بالدَّلِيلَيْنِ كَمَا مَرَّ وَلا يُؤَدِّيهِ مَعَ العَجْزِ. وَقَوْلُهُ (وَمَعْنَى قَوْلِهِ بالمَعْرُوفِ الوَسَطُ) إشَارَةٌ إلى مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ تَفْسِيرَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ الوَسَطُ لِيَكُونَ جَوَابًا عَنْ قَوْلِ الخَصْمِ إنَّهُ تَعَالَى قَالَ ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ اعْتَبَرَ الرَّجُلَ، وَقَالَ بالمَعْرُوفِ إشَارَةً إلى أَنْ لا يُزَادَ عَلَى مَا فِي وُسْعِهِ إنْ كَانَتْ حَالَتُهَا تَقْتَضِيهِ.

وَوَجْهُ كَوْنِهِ جَوَابًا أَنَّهُ إذَا كَانَ مُفَسَّرًا بالوَسَطِ فَالوَسَطُ هُوَ الذي يَكُونُ بَيْنَ حَالِ الرَّجُلِ وَحَالِ المَرْأَةِ وَهُوَ الوَاجِبُ (قَوْلُهُ وَبِهِ) أَيْ بِقَوْلِهِ ﷺ لِهِنْدٍ «**خُذِي مِنْ مَالِ زَوْجِكِ مَا يَكْفِيكِ**» (يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لا مَعْنَى للتَّقْدِيرِ كَمَا ذَهَبَ إلَيْهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ عَلَى المُوسِرِ مُدَّانِ وَعَلَى المُعْسِرِ مُدٌّ وَعَلَى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصْفٌ، لأَنَّ مَا وَجَبَ كِفَايَةً. لا يَتَقَدَّرُ فِي نَفْسِهِ شَرْعًا) لأَنَّهُ مِمَّا يَخْتَلِفُ فِيهَا أَحْوَالُ النَّاسِ بِحَسَبِ الشَّبَابِ وَالهَرَمِ وَبِحَسَبِ الأَوْقَاتِ وَالأَمَاكِنِ، فَفِي التَّقْدِيرِ قَدْ يَكُونُ إضْرَارًا.

(وَإِن امتَنَعَت مِن تَسلِيمِ نَفسِهَا حَتَّى يُعطِيَهَا مَهرَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) لأَنَّهُ مَنعٌ بِحَقٍّ فَكَانَ فَوتُ الاحتِبَاسِ لِمَعنًى مِن قِبَلِهِ فَيُجعَلُ كَلا فَائِتٍ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا) إنْ **امْتَنَعَتْ المَرْأَةُ عَنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ** عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الامْتِنَاعُ بِحَقٍّ مِثْلِ أَنْ تَطْلُبَ المَهْرَ المُعَجَّلَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلَهَا النَّفَقَةُ لأَنَّ كُلَ وَاحِدٍ مِنْ المَهْرِ وَالنَّفَقَةِ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِهَا، فَمُطَالَبَةُ أَحَدِهِمَا لا يُسْقِطُ الآخَرَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهِيَ نَاشِزَةٌ لأَنَّ النَّاشِزَةَ هِيَ الخَارِجَةُ مِنْ مَنْزِلِ الزَّوْجِ المَانِعَةُ مِنْهُ نَفْسَهَا وَهَذِهِ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا قِيلَ لِلخَارِجَةِ مِنْ مَنْزِلِ الزَّوْجِ لأَنَّهَا إذَا كَانَتْ سَاكِنَةً مَعَهُ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ عَلَى تَحْصِيلِ المَقْصُودِ مِنْهَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا فَلا تَبْطُلُ النَّفَقَةُ، فَإِنْ كَانَ المَنْزِلُ مِلكًا لَهَا وَهُوَ يَسْكُنُ مَعَهَا فِيهِ فَمَنَعَتْهُ مِنْ الدُّخُولِ عَلَيْهَا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهِ.

(وَإِن نَشَزَت فَلا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إلى مَنزِلِهِ) لأَنَّ فَوتَ الاحتِبَاسِ مِنهَا، وَإِن عَادَت جَاءَ الاحتِبَاسُ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ، بِخِلافِ مَا إذَا امتَنَعَت مِن التَّمكِينِ فِي بَيتِ الزَّوجِ لأَنَّ الاحتِبَاسَ قَائِمٌ وَالزَّوجُ يَقدِرُ عَلَى الوَطءِ كَرهًا.

الشرح:

وَإِذَا كَانَتْ نَاشِزَةً فَلا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلى مَنْزِلِه لأَنَّ فَوْتَ الاحْتِبَاسِ مِنْهَا، وَإِذَا عَادَتْ جَاءَ الاحْتِبَاسُ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ. فَإِنْ قِيلَ: الدَّلائِلُ الدَّالَّةُ عَلى وُجُوبِ النَّفَقَةِ لا تَفْصِلُ بَيْنَ النَّاشِزَةِ وَغَيْرِهَا فَمَا وَجْهُ حِرْمَانِهَا عَنْهَا؟ فَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَمْ تَفْصِل لأَنَّهُ تَعَالَى قَال ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ وَذَلِكَ قَدْ يُشِيرُ إِلى تَسْلِيمِ النَّفْسِ لأَنَّ الوِلادَةَ بِدُونِهِ لا تُتَصَوَّرُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا امْتَنَعَتْ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ لأَنَّ فَوْتَ الاحْتِبَاسِ مِنْهَا.

(وَإِنْ كَانَتْ **صَغِيرَةً لا يَسْتَمْتِعُ بِهَا** فَلا نَفَقَةَ لَهَا) لأَنَّ امْتِنَاعَ الاسْتِمْتَاعِ لِمَعْنًى فِيهَا، وَالاحْتِبَاسُ المُوجِبُ مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلى مَقْصُودٍ مُسْتَحَقٍّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يُوجَدْ، بِخِلافِ المَرِيضَةِ عَلى مَا نُبَيِّنُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَهَا النَّفَقَةُ لأَنَّهَا عِوَضٌ مِنَ المِلْكِ عِنْدَهُ كَمَا فِي المَمْلُوكَةِ بِمِلْكِ اليَمِينِ. وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنِ المِلْكِ وَلا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا المَهْرُ دُونَ النَّفَقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لا يُسْتَمْتَعُ بِهَا**) **أَيْ لا تُوطَأُ** (فَلا نَفَقَةَ لَهَا) سَوَاءٌ كَانَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ أَوْ لَمْ تَكُنْ حَتَّى تَصِيرَ إِلى الحَالَةِ التِي تُطِيقُ الجِمَاعَ (لأَنَّ امْتِنَاعَ الاسْتِمْتَاعِ إِنَّمَا هُوَ لِمَعْنًى فِيهَا، وَالاحْتِبَاسُ المُوجِبُ نَفَقَةً هُوَ مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلى مَقْصُودٍ مُسْتَحَقٍّ بِالنِّكَاحِ) وَهُوَ الجِمَاعُ أَوْ دَوَاعِيهِ (وَلَمْ يُوجَدْ) لأَنَّ الصَّغِيرَةَ التِي لا تَصْلُحُ لِلجِمَاعِ لا تَصْلُحُ لِدَوَاعِيهِ لأَنَّهَا غَيْرُ مُشْتَهَاةٍ، وَاسْتَشْكَل بِالرَّتْقَاءِ وَالقَرْنَاءِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِنَّ المَقْصُودَ المُسْتَحَقَّ بِالنِّكَاحِ فَائِتٌ وَلَهُنَّ النَّفَقَةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الدَّوَاعِيَ غَيْرُ فَائِتَةٍ بِأَنْ يُجَامِعَهُنَّ تَفْخِيذًا أَوْ غَيْرَهُ، بِخِلافِ الصَّغِيرَةِ لِمَا ذَكَرْنَا، حَتَّى قَالُوا: إِنْ كَانَتْ الصَّغِيرَةُ مُشْتَهَاةً وَيُمْكِنُ جِمَاعُهَا فِيمَا دُونَ الفَرْجِ تَجِبُ النَّفَقَةُ وَقَال الشَّافِعِيُّ: لَهَا النَّفَقَةُ لأَنَّهَا عِوَضٌ عَنْ المِلْكِ عِنْدَهُ كَمَا فِي المَمْلُوكَةِ بِمِلْكِ اليَمِينِ) وَهَذَا لأَنَّ وُجُوبَهَا بِسَبَبِ الحَاجَةِ، وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ فِيهَا سَوَاءٌ كَالمَمْلُوكَةِ (وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنْ المِلْكِ) لأَنَّ العِوَضَ هُوَ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ العَقْدِ بِالتَّسْمِيَةِ وَالدَّاخِلُ تَحْتَهُ هُوَ المَهْرُ دُونَ النَّفَقَةِ، وَإِذَا كَانَ المَهْرُ عِوَضًا لا تَكُونُ النَّفَقَةُ عِوَضًا لِئَلا يَجْتَمِعَ عِوَضَانِ (عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا

المَهْرُ دُونَ النَّفقَة).

(وَإن كَانَ الزَّوجُ صَغيرًا لا يَقدرُ عَلى الوَطء وَهيَ كَبيرَةٌ فَلهَا النَّفقَةُ مِن مَالهِ) لأنَّ التَّسليمَ قَد تَحقَّقَ مِنهَا، وَإنَّمَا العَجزُ مِن قِبَلهِ فَصَارَ كَالمَجبُوبِ وَالعِنِّين.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغيرًا) بَيَانُ ذكْرِ العَجْزِ مِنْ جَانبه وَهُوَ ظَاهرٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ العَجْزِ منْ الطَّرَفَيْنِ بأَنْ كَانَا صَغيرَيْنِ لا يُطيقَان الجمَاعَ، فَلوْ اُعْتُبرَ جَانبُ الصَّغيرِ وَجَبَتْ كَمَا فِي الكَبيرَة، وَلوْ اُعْتُبرَ جَانبُ الصَّغيرَة لَمْ تَجبْ كَمَا لوْ كَانَتْ صَغيرَةً وَالزَّوْجُ كَبيرًا. قَال فِي الذَّخيرَة: لا نَفقَةَ لَهَا لأَنَّ المَنْعَ لمَعْنًى جَاءَ منْ جهَتهَا، وَأَكْثَرُ مَا يَكُونُ فِي البَابِ أَنْ يَجْعَل المَنْعَ منْ قبَله كَالمَعْدُوم فَالمَنْعُ منْ قبَلهَا قَائمٌ، وَمَعَ قيَامِ المَنْعِ منْ قبَلهَا لا تَسْتَحقُّ النَّفقَةَ، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ الدَّليل يَقْبَلُ القَلبَ.

(وَإذَا حُبِسَت المَرأَةُ فِي دَينٍ فَلا نَفقَةَ لهَا) لأنَّ فَوتَ الاحتِبَاسِ مِنهَا بِالمُمَاطَلةِ، وَإن لم يَكُن مِنهَا بِأَن كَانَت عَاجِزَةً فَليسَ مِنهُ، وَكَذَا إذَا غَصَبَهَا رَجُلٌ كُرهًا فَذَهَبَ بِهَا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لهَا النَّفقَةَ، وَالفَتوَى عَلى الأَوَّل لأنَّ فَوتَ الاحتِبَاسِ ليسَ مِنهُ ليُجعَل بَاقِيًا تَقدِيرًا، وَكَذَا إذَا حَجَّت مَعَ مَحرَمٍ لأنَّ فَوتَ الاحتِبَاسِ مِنهَا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لهَا النَّفقَةَ لأنَّ إقَامَةَ الفَرضِ عُذرٌ، وَلكِن تَجِبُ عَليهِ نَفقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ لأنَّهَا هِيَ المُستَحِقَّةُ عَليهِ، وَلو سَافَرَ مَعَهَا الزَّوجُ تَجِبُ النَّفقَةُ بِالاتِّفَاقِ لأنَّ الاحتِبَاسَ قَائِمٌ لقِيَامِهِ عَليهَا وَتَجِبُ نَفقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ، وَلا يَجِبُ الكِرَاءُ لمَا قُلنَا (فَإن مَرِضَت فِي مَنزِل الزَّوجِ فَلهَا النَّفقَةُ) وَالقِيَاسُ أَن لا نَفقَةَ لهَا إذَا كَانَ مَرَضًا يَمنَعُ مِن الجِمَاعِ لفَوتِ الاحتِبَاسِ للاستِمتَاعِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الاحتِبَاسَ قَائِمٌ فَإنَّهُ يَستَأنِسُ بِهَا وَيَمَسُّهَا وَتَحفَظُ البَيتَ، وَالمَانِعُ بِعَارِضٍ فَأَشبَهَ الحَيضَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا إذَا سَلمَت نَفسَهَا ثُمَّ مَرِضَت تَجِبُ النَّفقَةُ لتَحَقُّقِ التَّسليمِ، وَلو مَرِضَت ثُمَّ سَلمَت لا تَجِبُ لأنَّ التَّسليمَ لم يَصِحَّ قَالُوا هَذَا حَسَنٌ. وَفِي لفظِ الكِتَابِ مَا يُشِيرُ إليهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإذَا حُبسَتْ) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالفَتْوَى عَلى الأَوَّل). يَعْني عَلى ظَاهرِ الرِّوَايَة، وَهُوَ أَنْ لا نَفَقَةَ للمَغْصُوبَة فيمَا مَضَى. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ فَوْتَ الاحْتبَاسِ لَيْسَ منْهُ

لِيُجْعَل بَاقِيًا تَقْدِيرًا) بَيَانُهُ أَنَّ النَّفَقَةَ عِوَضٌ عَنْ الاحْتِبَاسِ فِي بَيْتِه، فَإِذَا كَانَ الفَوَاتُ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِه جُعِل ذَلِكَ الاحْتِبَاسُ بَاقِيًا، أَمَّا إذَا كَانَ الفَوَاتُ لا لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِه فَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَل ذَلِكَ الاحْتِبَاسُ بَاقِيًا تَقْدِيرًا وَبِدُونِه لا يَجِبُ النَّفَقَةُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا حَجَّتْ مَعَ مَحْرَمٍ) يَعْنِي بِدُونِ الزَّوْجِ لا تَجِبُ النَّفَقَةُ (لأَنَّ فَوْتَ الاحْتِبَاسِ مِنْهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ لأَنَّ إقَامَةَ الفَرْضِ عُذْرٌ) وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه لأَنَّهَا هِيَ المُسْتَحِقَّةُ عَلَيْه. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِل الزَّوْجِ) عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَهُوَ المَوْعُودُ بِقَوْلِه قَبْل هَذَا بِخِلافِ المَرِيضَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ. وَقَوْلُهُ (وَفِي لَفْظِ الكِتَابِ) يَعْنِي القُدُورِيَّ (مَا يُشِيرُ إلَيْه) وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِل الزَّوْجِ فَإِنَّهُ يُشِيرُ إلى أَنَّهَا سَلمَتْ نَفْسَهَا إلى مَنْزِل الزَّوْجِ فَمَرِضَتْ فِيه.

(قَال: وَيُفرَضُ على الزَّوجِ النَّفَقَةُ إذَا كَانَ مُوسِرًا وَنَفَقَةُ خَادِمِهَا) المُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الخَادِمِ، وَلِهَذَا ذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ: وَتُفرَضُ على الزَّوجِ إذَا كَانَ مُوسِرًا نَفَقَةُ خَادِمِهَا. وَوَجهُهُ أَنَّ كِفَايَتَهَا وَاجِبَةٌ عليه، وَهَذَا مِن تَمَامِهَا إذ لا بُدَّ لها مِنهُ (وَلا يُفرَضُ لأَكثَرَ مِن نَفَقَةِ خَادِمٍ وَاحِدٍ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: تُفرَضُ لِخَادِمَينِ لأَنَّهَا تَحتَاجُ إلى أَحَدِهِمَا لِمَصَالِحِ الدَّاخِلِ وَإِلى الآخَرِ لِمَصَالِحِ الخَارِجِ. وَلَهُمَا أَنَّ الوَاحِدَ يَقُومُ بِالأَمرَينِ فَلا ضَرُورَةَ إلى اثنَينِ، وَلأَنَّهُ لو تَوَلَّى كِفَايَتَهَا بِنَفسِهِ كَانَ كَافِيًا، فَكَذَا إذَا أَقَامَ الوَاحِدُ مَقَامَ نَفسِهِ. وَقَالُوا: إنَّ الزَّوجَ المُوسِرَ يَلزَمُهُ مِن نَفَقَةِ الخَادِمِ مَا يَلزَمُ المُعسِرُ مِن نَفَقَةِ امرَأَتِهِ وَهُوَ أَدنَى الكِفَايَةِ. وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ إذَا كَانَ مُوسِرًا إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ لا تَجِبُ نَفَقَةُ الخَادِمِ عِندَ إعسَارِهِ وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الأَصَحُّ خِلافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ لأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُعسِرِ أَدنَى الكِفَايَةِ وَهِيَ قَد تَكتَفِي بِخِدمَةِ نَفسِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ **وَيُفْرَضُ عَلى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ**) لَمَّا كَانَ قَوْلُهُ وَيُفرَضُ عَلى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ إذَا كَانَ مُوسِرًا مُكَرَّرًا اعْتَذَرَ بِقَوْلِه وَالمُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَة الخَادِمِ وَذِكْرُ وَجْه وُجُوبِهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاخْتَلفُوا فِي **الخَادِمِ الذي يَسْتَحِقُّ** النَّفَقَةَ عَلى الزَّوْجِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَال: المَمْلُوكُ لَهَا حَتَّى لوْ كَانَتْ حُرَّةً أَوْ لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لَهَا لا تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة لأَنَّ

اسْتِحْقَاقَهَا نَفَقَةَ الخَادِمِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ ملك الخَادِمِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا خَادِمٌ لا يَسْتَوْجِبُهُ كَالقَاضِي إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ لا يَسْتَحِقُّ كِفَايَةَ الخَادِمِ فِي بَيْتِ المَالِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: كُلُّ مَنْ يَخْدُمُهَا حُرَّةً كَانَتْ أَوْ مَمْلُوكَةً لَهَا أَوْ لِغَيْرِهَا تَسْتَحِقُّ.

وَقَوْلُهُ (وَلا يُفْرَضُ لأَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَالُوا) يَعْنِي المَشَايِخَ (إِنَّ الزَّوْجَ المُوسِرَ يَلزَمُهُ نَفقَةُ الخَادِمِ) وَاليَسَارُ هَاهُنَا مُقَدَّرٌ بِنصَابِ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ لا بِنصَابِ وُجُوبِ الزَّكَاةِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَدْنَى الكِفَايَةِ) يَعْنِي تَنْقُصُ نَفقَةُ الخَادِمِ عَنْ نَفقَتِهَا لكِنْ فِي حَقِّ الإِدَامِ دُونَ الخُبْزِ، وَأَعْلَى الإِدَامِ اللحْمُ وَأَوْسَطُهُ الزَّيْتُ وَأَدْنَاهُ الملحُ أَوْ اللبَنُ. وَقَوْلُهُ (خِلافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ) يَعْنِي مَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ إِنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا وَكَانَ لَهَا خَادِمٌ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ؛ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا خَادِمٌ فَهَذِهِ المَرْأَةُ لَمْ تَكْتَفِ بِخِدْمَةِ نَفْسِهَا فَيَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ كَمَا لَوْ كَانَ مُوسِرًا. وَقَوْلُهُ لأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُعْسِرِ أَدْنَى الكِفَايَةِ دَلِيلُ الأَصَحِّ.

(وَمَن أَعسَرَ بِنَفقَةِ امرَأَتِهِ لم يُفرِّق بينَهُمَا ويُقَالُ لهَا استَدِينِي عليهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرِّقُ، لأَنَّهُ عَجزَ عَنِ الإِمسَاكِ بِالمَعرُوفِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفرِيقِ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، بَل أَولَى لأَنَّ الحَاجَةَ إِلى النَّفقَةِ أَقوَى. وَلَنَا أَنَّ حَقَّهُ يَبطُلُ وَحَقُّهَا يَتَأَخَّرُ، وَالأَوَّلُ أَقوَى فِي الضَّرَرِ، وَهَذَا لأَنَّ النَّفقَةَ تَصِيرُ دَينًا بِفَرضِ القَاضِي فَتَستَوفِي الزَّمَانَ الثَّانِي، وَفَوتُ المَال وَهُوَ تَابِعٌ فِي النِّكَاحِ لا يَلحَقُ بِمَا هُوَ المَقصُودُ وَهُوَ التَّنَاسُلُ. وَفَائِدَةُ الأَمرِ بِالاستِدَانَةِ مَعَ الفَرضِ أَن يُمكِّنَهَا إِحَالَةَ الغَرِيمِ عَلَى الزَّوجِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَت الاستِدَانَةُ بِغَيرِ أَمرِ القَاضِي كَانَت المُطَالبَةُ عَليهَا دُونَ الزَّوجِ.

الشرح:

(وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفقَةِ امْرَأَةٍ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) أَيْ اشْتَرِي الطَّعَامَ نَسِيئَةً عَلَى أَنْ تَقْضِيَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرَّقُ، لأَنَّهُ عَجزَ عَنْ الإِمْسَاكِ بِالمَعْرُوفِ) فَيَلزَمُهُ التَّسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ، فَإِنْ أَبَى نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، بَل أَوْلَى لأَنَّ الحَاجَةَ إِلى النَّفَقَةِ أَقْوَى مِنْ الجِمَاعِ لأَنَّ انْقِطَاعَ الأَوَّلِ مُدَّةً مُهْلِكٌ دُونَ الثَّانِي، وَهَذَا التَّفرِيقُ عِنْدَهُ فَسْخٌ لا طَلاقٌ (وَلَنَا أَنَّ حَقَّهُ) بِالتَّفْرِيقِ (يَبْطُلُ) إِذْ لا يَصِلُ إِلَيْهِ إِلا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ، وَحَقُّهَا يَتَأَخَّرُ لأَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ دَيْنًا بِفَرْضِ القَاضِي

فَيَسْتَوْفِي فِي الزَّمَانِ الثَّانِي (وَالأَوَّلُ أَقْوَى فِي الضَّرَرِ) فَيَتَحَمَّلُ أَدْنَى الضَّرَرَيْنِ لِدَفْعِ الأَعْلَى. وَقَوْلُهُ (وَفَوْتُ المَالِ وَهُوَ تَابِعٌ) جَوَابٌ عَنْ القِيَاسِ عَلَى الجَبِّ وَالعُنَّةِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ مَعَ الفَارِقِ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ لأَنَّ العَجْزَ عَنْ النَّفَقَةِ إِنَّمَا يَكُونُ عَنْ المَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَالعَجْزُ عَنْ الوُصُولِ إِلَى المَرْأَةِ بِسَبَبِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ إِنَّمَا يَكُونُ عَنْ المَقْصُودِ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ، وَلا يَلزَمُ مِنْ جَوَازِ الفُرْقَةِ بِالعَجْزِ عَنْ المَقْصُودِ جَوَازُهَا بِهِ عَنْ التَّابِعِ. فَإِنْ قِيلَ: لا فَائِدَةَ فِي الإِذْنِ لَهَا بِالاسْتِدَانَةِ بَعْدَ فَرْضِ القَاضِي النَّفَقَةَ لَهَا لأَنَّهَا صَارَتْ دَيْنًا بِفَرْضِهِ. أَجَابَ بِأَنَّ (فَائِدَةَ الأَمْرِ بِالاسْتِدَانَةِ مَعَ الفَرْضِ أَنْ يُمْكِنَهَا إِحَالَةُ الغَرِيمِ عَلَى الزَّوْجِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الزَّوْجِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الاسْتِدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي كَانَتْ المُطَالَبَةُ عَلَيْهَا دُونَ الزَّوْجِ) وَاعْلَمْ أَنَّ العَجْزَ عَنْ النَّفَقَةِ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ حُضُورِ الزَّوْجِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَائِبًا غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً وَلَمْ يَخْلُفْ نَفَقَتَهَا فَرَفَعَتْ الأَمْرَ إِلَى الحَاكِمِ الشَّافِعِيِّ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا.

قَال مَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ: جَازَ تَفْرِيقُهُ لأَنَّهُ قَضَى فِي فَصْلَيْنِ مُجْتَهَدٍ فِيهِمَا فِي التَّفْرِيقِ بِالعَجْزِ عَنْ النَّفَقَةِ وَفِي القَضَاءِ عَلَى الغَائِبِ. وَقَال صَاحِبُ الذَّخِيرَةِ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ قَضَاؤُهُ لأَنَّ العَجْزَ لا يُعْرَفُ حَال الغَيْبَةِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا فَيَكُونُ هَذَا تَرْكَ الإِنْفَاقِ لا العَجْزَ عَنْهُ، فَإِنْ رَفَعَ هَذَا القَضَاءَ إِلَى قَاضٍ فَأَمْضَاهُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَنْفُذُ لأَنَّ هَذَا القَضَاءَ لَيْسَ فِي فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فِيهِ إِذْ العَجْزُ لَمْ يَثْبُتْ.

(وَإِذَا قَضَى القَاضِي لهَا بِنَفَقَةِ الإِعسَارِ ثُمَّ أَيسَرَ فَخَاصَمَتهُ تَمَّمَ لهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ) لأَنَّ النَّفَقَةَ تَختَلفُ بِحَسَبِ اليَسَارِ وَالإِعسَارِ، وَمَا قَضَى بِهِ تَقدِيرٌ لنَفقَةٍ لم تَجِب، فَإِذَا تَبَدَّل حَالُهُ فَلهَا المُطَالبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا.

الشرح:

وَإِذَا **قَضَى القَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ** تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ لأَنَّ النَّفَقَةَ تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اليَسَارِ وَالإِعْسَارِ. وَقَوْلُهُ (وَمَا قَضَى بِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ يَنْبَغِي أَنْ لا يُتَمِّمَ لَهَا نَفَقَةَ اليَسَارِ لأَنَّ فِيهِ نَقْضَ القَضَاءِ الأَوَّلِ. وَتَقْرِيرُهُ مَا قَضَى بِهِ تَقْدِيرًا لِنَفَقَةٍ لَمْ تَجِبْ لأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ شَيْئًا فَشَيْئًا. وَتَقْدِيرُ مَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ لا يَكُونُ لازِمًا لِجَوَازِ تَبَدُّلِ السَّبَبِ المُوجِبِ قَبْلَ وُجُوبِهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لازِمًا لَمْ تَسْتَحْكِمْ فِيهِ

حُكْمَ الحَاكِمِ، فَإِذَا تَبَدَّل حَالُهُ جَازَ لَهَا المُطَالَبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا فَكَانَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ فَرْضِ نَفَقَةِ الإِعْسَارِ عَلَى المُوسِرِ، لأَنَّ مَا لا يَكُونُ لازِمًا فَلِدَوَامِهِ حُكْمُ الابْتِدَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ فَلا بُدَّ مِنْ التَّغْيِيرِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ عَكْسِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ.

(وَإِذَا مَضَت مُدَّةٌ لم يُنفِق الزَّوجُ عَليهَا وَطَالبَتهُ بِذَلِكَ فَلا شَيءَ لهَا إلا أن يَكُونَ القَاضِي فَرَضَ لهَا النَّفَقَةَ لو صَالحَت الزَّوجَ عَلى مِقدَارٍ فِيهَا فَيَقضِي لهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى) لأنَّ النَّفَقَةَ صِلةٌ وَليسَت بِعِوَضٍ عِندَنَا عَلى مَا مَرَّ مِن قَبلُ فَلا يُستَحكَمُ الوُجُوبُ فِيهَا إلا بِالقَضَاءِ كَالهِبَةِ لا تُوجِبُ المِلكَ إلا بِمُؤَكِّدٍ وَهُوَ القَبضُ وَالصُّلحُ بِمَنزِلَةِ القَضَاءِ لأنَّ وِلايَتَهُ عَلى نَفسِهِ أقوَى مِن وِلايَةِ القَاضِي، بِخِلافِ المَهرِ لأنَّهُ عِوَضٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ قَوْلَهُ لأَنَّ المَهْرَ **عِوَضٌ عَنْ المِلكِ، وَلا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ.** فَإِنْ قِيلَ: مَا تَقَدَّمَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعِوَضٍ عَنْ البُضْعِ لكِنْ لا يُنَافِي أَنْ تَكُونَ عِوَضًا عَنْ الاسْتِمْتَاعِ وَالقِيَامِ عَلَيْهَا. قُلت: يُنَافِيهِ لأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ العَقْدُ كَانَ الاسْتِمْتَاعُ بِهَا وَالقِيَامُ عَلَيْهَا تَصَرُّفًا فِي مِلكِهِ وَذَلِكَ لا يُوجِبُ عَلَى المَالِكِ عِوَضًا فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ صِلَةً لَمَا وَجَبَتْ عَلَى المُكَاتَبِ. أُجِيبَ بِأَنَّهَا صِلَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَمَا هَذَا شَأْنُهُ يَجِبُ عَلَى المُكَاتَبِ كَالخَرَاجِ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهَا صِلَةٌ لا يَسْتَحْكِمُ الوُجُوبُ فِيهَا إلا بِالقَضَاءِ كَالهِبَةِ لا تُوجِبُ المِلكَ إلا بِمُؤَكِّدٍ وَهُوَ القَبْضُ وَالصُّلحُ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ لأَنَّ وِلايَتَهُ عَلَى نَفْسِهِ أَقْوَى مِنْ وِلايَةِ القَاضِي. وَقَوْلُهُ بِخِلافِ المَهْرِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَلَيْسَتْ بِعِوَضٍ.

(وَإِن مَاتَ الزَّوجُ بَعدَمَا قَضَى عَليهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَى شُهُورٌ سَقَطَت النَّفَقَةُ) وَكَذَا إذَا مَاتَت الزَّوجَةُ لأنَّ النَّفَقَةَ صِلةٌ وَالصِّلاتُ تَسقُطُ بِالمَوتِ كَالهِبَةِ تَبطُلُ بِالمَوتِ قَبلَ القَبضِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَصِيرُ دَينًا قَبل القَضَاءِ وَلا تَسقُطُ بِالمَوتِ لأنَّهُ عِوَضٌ عِندَهُ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَجَوَابُهُ قَد بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ) وَمَا كَانَ أَمَرَهَا بِالاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ (وَمَضَتْ شُهُورٌ سَقَطَتْ النَّفَقَةُ وَكَذَلِكَ إذَا مَاتَتْ الزَّوْجَةُ لأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَالصِّلاتُ

تَسْقُطُ بِالمَوْتِ كَالهِبَةِ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَبْلَ القَبْضِ) وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بِقَوْلِهِ وَمَا كَانَ أَمَرَهَا بِالاسْتِدَانَةِ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَهَا بِذَلِكَ لَمْ تَسْقُطْ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ القَاضِيَ لَمَّا أَمَرَهَا بِذَلِكَ كَانَ اسْتِدَانَتُهَا اسْتِدَانَةَ الزَّوْجِ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ اسْتَدَانَ بِنَفْسِهِ لَمْ تَبْطُلْ بِالمَوْتِ، فَكَذَا إِذَا اسْتَدَانَتْ بِحُكْمِ القَاضِي. فَإِنْ قِيلَ: القِيَاسُ عَلَى الهِبَةِ قَبْلَ القَبْضِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّهَا قَبْلَ القَبْضِ غَيْرُ مُؤَكَّدَةٍ وَالنَّفَقَةُ بَعْدَ القَضَاءِ مُؤَكَّدَةٌ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ سُقُوطِ مَا لَيْسَ بِمُؤَكَّدٍ جَوَازُ سُقُوطِ المُؤَكَّدِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى الصِّلَةِ فِيهَا بَعْدَ القَضَاءِ بَاقٍ كَمَا كَانَ قَبْلَهُ لِأَنَّ المَعْنَى مِنْ الصِّلَةِ أَنْ يَجِبَ المَالُ بِمُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَهَذِهِ كَذَلِكَ فَقُلْنَا بِسُقُوطِهَا بَعْدَ القَضَاءِ بِالمَوْتِ. قَالَ فِي الإِيضَاحِ: إِنَّهَا وَإِنْ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ لَكِنْ مَعْنَى الصِّلَةِ لَمْ يَبْطُلْ عَنْهُ وَالصِّلَاتُ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَبْلَ القَبْضِ.

قَوْلُهُ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ. وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنْ المِلْكِ وَلَا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ فَلَا تَكُونُ النَّفَقَةُ عِوَضًا عَنْ البُضْعِ.

(وَإِن أَسلفَهَا نفقَةَ السَّنَةِ) أَي عَجَّلَهَا (ثُمَّ مَاتَ) (لم يُستَرجَع مِنهَا شَيءٌ وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يُحتَسَبُ لهَا نَفقَةُ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ فَهُوَ للزَّوجِ) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى، وَعَلى هَذَا الخِلافِ الكِسوَةُ لأَنَّهَا استَعجَلت عِوَضًا عَمَّا تَستَحِقُّهُ عَليهِ بِالاحتِبَاسِ، وَقَد بَطَلَ الاستِحقَاقُ بِالمَوتِ فَيَبطُلُ العِوَضُ بِقَدرِهِ كَرِزقِ القَاضِي وَعَطَاءِ المُقَاتِلَةِ. وَلهُمَا أَنَّهُ صِلَةٌ وَقَد اتَّصَلَ بِهِ القَبضُ وَلا رُجُوعَ فِي الصِّلَاتِ بَعدَ المَوتِ لانتِهَاءِ حُكمِهَا كَمَا فِي الهِبَةِ، وَلِهَذَا لو هَلَكَت مِن غَيرِ استِهلاكٍ لا يُستَرَدُّ شَيءٌ مِنهَا بِالإِجمَاعِ. وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا إِذَا قَبَضَت نَفقَةَ الشَّهرِ أَو مَا دُونَهُ لا يُستَرجَعُ مِنهَا شَيءٌ لأَنَّهُ يَسِيرٌ فَصَارَ فِي حُكمِ الحَالِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ) يَعْنِي إِذَا **عَجَّلَ لَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ ثُمَّ مَاتَ** أَوْ **مَاتَتْ قَبْلَ مُضِيِّ المُدَّةِ** لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى تَرِكَتِهَا بِشَيْءٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحْتَسَبُ لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ لِلزَّوْجِ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَقِيمَتُهُ إِنْ كَانَ مُسْتَهْلَكًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَوَجْهُ كُلٍّ مِنْ الجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ

وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَسِيرٌ فَصَارَ فِي حُكْمِ الحَالِ) يَعْنِي إِذَا أَخَذَتْ النَّفَقَةَ الوَاجِبَةَ فِي الحَالِ لا تُسْتَرَدُّ بِالمَوْتِ، فَكَذَا لا تُسْتَرَدُّ إِذَا عَجَّل لها نَفَقَةَ الشَّهْرِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبدُ حُرَّةً فَنَفَقَتَهَا دِين عَليهِ يُبَاع فِيهَا) وَمَعناهُ إِذَا تَزَوَّجَ بِإِذنِ المَولى لأَنَّهُ دَينٌ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ وَقَد ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَولى فَيَتَعَلقُ بِرَقَبَتِهِ كَدَينِ التِّجَارَةِ فِي العَبدِ التَّاجِرِ، وَلهُ أَن يَفدِيَ لأَنَّ حَقَّهَا فِي النَّفَقَةِ لا فِي عَينِ الرَّقَبَةِ، فَلو مَاتَ العَبدُ سَقَطَت، وَكَذَا إِذَا قُتِل فِي الصَّحِيحِ لأَنَّهُ صِلَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا **تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً**) ظَاهِرٌ قَال شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ: فَإِنْ بِيعَ ثُمَّ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ مَرَّةً أُخْرَى بِيعَ ثَانِيًا وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ دُيُونِ العَبْدِ مَا يُبَاعُ فِيهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إلا النَّفَقَةَ، وَهَذَا لأَنَّ النَّفَقَةَ يَتَجَدَّدُ وُجُودُهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ فَذَاكَ فِي حُكْمِ دَيْنٍ حَادِثٍ وَلا كَذَلِكَ سَائِرُ الدُّيُونِ، فَلَوْ مَاتَ العَبْدُ سَقَطَتْ النَّفَقَةُ وَلا يُؤَاخَذُ المَوْلى بِشَيْءٍ لِفَوَاتِ مَحَلِ الاسْتِيفَاءِ، وَكَذَا إِذَا قُتِل. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الكَرْخِيِّ إِنَّهَا تَكُونُ فِي قِيمَتِه. قَال الشَّيْخُ أَبُو الحَسَنِ القُدُورِيُّ: الصَّحِيحُ أَنْ تَسْقُطَ لأَنَّهَا صِلَةٌ وَالصِّلاتُ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَبْل القَبْضِ، وَالقِيمَةُ إِنَّمَا تَقُومُ مَقَامَ الرَّقَبَةِ فِي دَيْنٍ لَمْ يَسْقُطْ بِالمَوْتِ لا فِي دَيْنٍ يَسْقُطُ بِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ المُدَبَّرَ وَالمُكَاتَبَ إِذَا تَزَوَّجَا بِإِذْنِ المَوْلى، وَالنَّفَقَةُ فِيهِمَا تَتَعَلقُ بِالكَسْبِ.

(وَإِن تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً فَبَوَّأَهَا مَولاهَا مَعَهُ مَنزِلا فَعَليهِ النَّفَقَةُ) لأَنَّهُ تَحَقَّقَ الاحتِبَاسُ (وَإِن لم يُبَوِّئهَا فَلا نَفَقَةَ لهَا) لِعَدَمِ الاحتِبَاسِ، وَالتَّبوِئَةُ أَن يُخلِيَ بَينَهَا وَبَينَهُ فِي مَنزِلِهِ وَلا يَستَخدِمَهَا، وَلو استَخدَمَهَا بَعدَ التَّبوِئَةِ سَقَطَت النَّفَقَةُ لأَنَّهُ فَاتَ الاحتِبَاسُ، وَالتَّبوِئَةُ غَيرُ لازِمَةٍ عَلى مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، وَلو خَدَمَتهُ الجَارِيَةُ أَحيَانًا مِن غَيرِ أَن يَستَخدِمَهَا لا تَسقُطُ النَّفَقَةُ لأَنَّهُ لم يَستَخدِمهَا لِيَكُونَ استِردَادًا، وَالمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلدِ فِي هَذَا كَالأَمَةِ، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَإِنْ **تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً فَبَوَّأَهَا**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلا نَفَقَةَ لهَا لِعَدَمِ الاحْتِبَاسِ) قِيل عَلَيْهِ الاحْتِبَاسُ مِنْ المَوْلى لِحَقٍّ لهُ شَرْعًا فَكَانَ كَاحْتِبَاسِ الحُرَّةِ لأَجْل صَدَاقِهَا فَيَنْبَغِي أَنْ

لا تَسْقُطَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الحُرَّةَ إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا لِصَدَاقِهَا فَالتَّفْوِيتُ إِنَّمَا جَاءَ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ حِينَ امْتَنَعَ مِنْ إِيفَاءِ مَا لَزِمَهُ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالتَّفْوِيتُ لَيْسَ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ وَالتَّبْوِئَةُ غَيْرُ لازِمَةٍ جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْدِيرُهُ لَمَّا بَوَّأَهَا مَرَّةً يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَمْضِيَ عَلَى ذَلِكَ وَلا يَنْقُضَهَا بِالاسْتِخْدَامِ. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ لِلتَّبْوِئَةِ غَيْرُ لازِمَةٍ (عَلَى مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ) أَيْ فِي بَابِ نِكَاحِ الرَّقِيقِ حَيْثُ قَالَ: إِذَا بَوَّأَهَا ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لأَنَّ حَقَّ المَوْلَى لَمْ يَزُلْ بِالتَّبْوِئَةِ كَمَا لَمْ يَزُلْ بِالنِّكَاحِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ خَدَمَتْهُ الجَارِيَةُ أَحْيَانًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا) ظَاهِرٌ (وَأُمُّ الوَلَدِ فِي هَذَا) أَيْ فِي عَدَمِ وُجُوبِ النَّفَقَةِ (وَالمُدَبَّرَةُ كَالأَمَةِ) وَلَمْ يَذْكُرْ المُكَاتَبَةَ لأَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ المَوْلَى، فَهِيَ كَالحُرَّةِ فَلا تَحْتَاجُ إِلَى التَّبْوِئَةِ لاسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ لأَنَّ مَنَافِعَهَا عَلَى حُكْمِ مِلْكِهَا لِصَيْرُورَتِهَا أَخَصَّ بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا بِعَقْدِ الكِتَابَةِ، وَلِهَذَا لَمْ يَبْقَ لِلْمَوْلَى وِلايَةُ الاسْتِخْدَامِ فَكَانَتْ كَالحُرَّةِ.

فصل

(وَعَلَى الزَّوجِ أَن يُسكِنَهَا فِي دَارٍ مُفرَدَةٍ ليسَ فِيهَا أَحَدٌ مِن أَهلِهِ إلا أَن تَختَارَ ذَلِكَ) لأَنَّ السُّكنَى مِن كِفَايَتِهَا فَتَجِبُ لهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَد أَوجَبَهُ اللهُ تَعَالى مَقرُونًا بِالنَّفَقَةِ، وَإِذَا وَجَبَ حَقًّا لهَا ليسَ لهُ أَن يُشرِكَ غَيرَهَا فِيهِ لأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ، فَإِنَّهَا لا تَأمَنُ عَلَى مَتَاعِهَا، وَيَمنَعُهَا ذَلكَ مِن المُعَاشَرَةِ مَعَ زَوجِهَا وَمِن الاستِمتَاعِ، إلا أَن تَختَارَ لأَنَّهَا رَضِيَت بِانتِقَاصِ حَقِّهَا (وَإِن كَانَ لهُ وَلَدٌ مِن غَيرِهَا فَليسَ لهُ أَن يُسكِنَهُ مَعَهَا) لمَا بَيَّنَّا وَلو أَسكَنَهَا فِي بَيتٍ مِن الدَّارِ مُفرَدٍ وَلهُ غَلَقٌ كَفَاهَا لأَنَّ المَقصُودَ قَد حَصَل.

الشرح:

(فَصْلٌ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ النَّفَقَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ السُّكْنَى. قَالَ (**وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُفْرَدَةٍ** لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إِلا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ لأَنَّ السُّكْنَى مِنْ كِفَايَتِهَا فَتَجِبُ لَهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللهُ تَعَالَى مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ) حَيْثُ قَالَ ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وَفِي قِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وُجْدِكُمْ " (وَإِذَا وَجَبَ السُّكْنَى حَقًّا لَهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُشْرِكَ غَيْرَهَا فِيهَا لأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ فَإِنَّهَا لا تَأْمَنُ عَلَى مَتَاعِهَا وَيَمْنَعُهَا ذَلِكَ مِنْ المُعَاشَرَةِ

وَمِنْ الاسْتِمْتَاعِ) وَكَلامُهُ وَاضِحٌ..

(وَلهُ أَن يَمنَعَ وَالدَيهَا وَوَلدَهَا مِن غَيرِهِ وَأَهلهَا مِن الدُّخُول عَليهَا) لأَنَّ المَنزِل مِلكُهُ فَلهُ حَقُّ المَنعِ مِن دُخُول مِلكِهِ (وَلا يَمنَعُهُم مِن النَّظَرِ إليهَا وَكَلامِهَا فِي أَيِّ وَقتٍ اختَارُوا) لِمَا فِيهِ مِن قَطِيعَةِ الرَّحِمِ، وَليسَ لهُ فِي ذَلكَ ضَرَرٌ، وَقِيل: لا يَمنَعُهَا مِن الدُّخُول وَالكَلامِ وَإِنَّمَا يَمنَعُهُم مِن القَرَارِ وَالدَّوَامِ لأَنَّ الفِتنَةَ فِي اللبَاثِ وَتَطوِيل الكَلامِ، وَقِيل: لا يَمنَعُهَا مِن الخُرُوجِ إلى الوَالدَينِ وَلا يَمنَعُهُمَا مِن الدُّخُول عَليهَا فِي كُل جُمُعَةٍ، وَفِي غَيرِهِمَا مِن المَحَارِمِ التَّقدِيرُ بِسَنَةٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: لا يَمْنَعُ المَحَارِمَ مِنْ الزِّيَارَةِ فِي كُل شَهْرٍ.

(وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ يَعتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوجِيَّةِ فَرَضَ القَاضِي فِي ذَلكَ وَلم يَعتَرِف بِهِ) لأَنَّهُ لمَا أَقَرَّ بِالزَّوجِيَّةِ الوَدِيعَةِ فَقَد أَقَرَّ أَنَّ حَقَّ الأَخذِ لهَا؛ لأَنَّ لهَا أَن تَأخُذَ مِن مَال الزَّوجِ حَقَّهَا مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَإِقرَارُ صَاحِبِ اليَدِ مَقبُولٌ فِي حَقِّ نَفسِهِ لا سِيَّمَا هَاهُنَا فَإِنَّهُ لو أَنكَرَ أَحَدَ الأَمرَينِ لا تُقبَلُ بَيِّنَةُ المَرأَةِ فِيهِ لأَنَّ المُودَعَ ليسَ بِخَصمٍ فِي إثبَاتِ الزَّوجِيَّةِ عَليهِ وَلا المَرأَةُ خَصمٌ فِي إثبَاتِ حُقُوقِ الغَائِبِ، وَإِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِ تَعَدَّى إلى الغَائِبِ، وَكَذَا إذَا كَانَ المَالُ فِي يَدِهِ مُضَارَبَةً، وَكَذَا الجَوَابُ فِي الدَّينِ، وَهَذَا كُلُّهُ إذَا كَانَ المَالُ مِن جِنسِ حَقِّهَا دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ أَو طَعَامًا أَو كِسوَةً مِن جِنسِ حَقِّهَا، أَمَّا إذَا كَانَ مِن خِلافِ جِنسِهِ لا تُفرَضُ النَّفَقَةُ فِيهِ لأَنَّهُ يَحتَاجُ إلى البَيعِ، وَلا يُبَاعُ مَالُ الغَائِبِ بِالاتِّفَاقِ، أَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلأَنَّهُ لا يُبَاعُ عَلى الحَاضِرِ وَكَذَا عَلى الغَائِبِ، وَأَمَّا عِندَهُمَا فَلأَنَّهُ إن كَانَ يَقضِي عَلى الحَاضِرِ لأَنَّهُ يَعرِفُ امتِنَاعَهُ لا يَقضِي عَلى الغَائِبِ لأَنَّهُ لا يَعرِفُ امتِنَاعَهُ. قَال (وَيَأخُذُ مِنهَا كَفِيلا بِهَا) نَظَرًا للغَائِبِ لأَنَّهَا رُبَّمَا استَوفَت النَّفَقَةَ أَو طَلقَهَا الزَّوجُ وَانقَضَت عِدَّتُهَا فَرقٌ بَينَ هَذَا وَبَينَ المِيرَاثِ إذَا قُسِّمَ بَينَ وَرَثَةٍ حُضُورٍ بِالبَيِّنَةِ وَلم يَقُولُوا: لا نَعلمُ لهُ وَارِثًا آخَرَ حَيثُ لا يُؤخَذُ مِنهُم الكَفِيلُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ هُنَاكَ المَكفُول لهُ مَجهُولٌ وَهَاهُنَا مَعلُومٌ وَهُوَ الزَّوجُ وَيُحلفُهَا بِاللهِ مَا أَعطَاهَا النَّفَقَةَ نَظَرًا للغَائِبِ.

قَال (وَلا يَقضِي بِنفَقَة فِي مَال غَائِبٍ إلا لهَؤُلاءِ) وَوَجهُ الفَرقِ هُوَ أَنَّ نَفقَة هَؤُلاءِ وَاجِبَة قَبل قَضَاءِ القَاضِي وَلهَذَا كَانَ لهُم أَن يَأخُذُوا قَبل القَضَاءِ فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إعَانَة لهُم، أَمَّا غَيرُهُم مِن المَحَارِمِ فَنَفَقَتُهُم إنَّمَا تَجِبُ بِالقَضَاءِ لأَنَّهُ مُجتَهَدٌ فِيهِ، وَالقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ لا يَجُوزُ، وَلو لم يَعلم القَاضِي بِذَلكَ وَلم يَكُن مُقِرًّا بِهِ فَأَقَامَت البَيِّنَة عَلى الزَّوجِيَّة أَو لم يُخَلف مَالا فَأَقَامَت البَيِّنَة لِيَفرِضَ القَاضِي نَفَقَتَهَا عَلى الغَائِبِ وَيَأمُرَهَا بِالاستِدَانَة لا يَقضِي القَاضِي بِذَلكَ لأَنَّ فِي ذَلكَ قَضَاءً عَلى الغَائِبِ. وَقَال زُفَرُ: يَقضِي فِيهِ لأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لهَا وَلا ضَرَرَ فِيهِ عَلى الغَائِبِ، فَإِنَّهُ لو حَضَرَ وَصَدَّقَهَا فَقَد أَخَذَت حَقَّهَا، وَإِن جَحَدَ يَحلف، فَإِن نَكَل فَقَد صَدَقَ، وَإِن أَقَامَت بَيِّنَة فَقَد ثَبَتَ حَقُّهَا، وَإِن عَجَزَت يَضمَنُ الكَفِيلُ أَو المَرأَةُ، وَعَمَلُ القُضَاةِ اليَومَ عَلى هَذَا أَنَّهُ يَقضِي بِالنَّفقَة عَلى الغَائِبِ لحَاجَة النَّاسِ وَهُوَ مُجتَهَدٌ فِيهِ، وَفِي هَذِهِ المَسأَلة أَقَاوِيلُ مَرجُوعٌ عَنهَا فَلم يَذكُرهَا.

الشرح:

وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ فِي يَد رَجُلٍ مَالٌ يَعْتَرِفُ بِه وَبِالزَّوْجِيَّة **وَطَلَبَتْ الزَّوْجَةُ النَّفَقَةَ** فَرَضَ القَاضِي فِي ذَلكَ المَال نَفَقَةَ زَوْجَته وَوَلَده الصِّغَارِ وَوَالدَيْه) وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِه الرَّجُلُ وَلَكنْ عَلمَ القَاضِي ذَلكَ فَكَذَلكَ، لأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بالزَّوْجِيَّة الوَديعَة فَقَدْ أَقَرَّ بأَنَّ لَهَا حَقَّ الأَخْذ لأَنَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ منْ مَال الزَّوْجِ حَقَّهَا منْ غَيْرِ رِضَاهُ لحَديث هنْد امْرَأَة أَبِي سُفْيَانَ، وَإِقْرَارُ صَاحب اليَد مَقْبُولٌ في نَفْسه لا سِيَّمَا هَاهُنَا.

فَإِنَّ إقْرَارَهُ هَاهُنَا أَشَدُّ قَبُولا منْ إقْرَارِ صَاحب اليَد في غَيْرِ هَذَا المَوْضعِ لتَعَيُّنِ طَرِيق إثْبَات الحَقِّ في إقْرَارِه لعَدَم إثْبَاته بالبَيِّنَة (**فَإِنَّهُ لوْ أَنْكَرَ أَحَدَ الأَمْرَيْن منْ الزَّوْجِيَّة أَوْ الوَديعَة** لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المَرْأَة فيه) أَيْ في أَحَد الأَمْرَيْن لأَنَّ إقَامَتَهَا إنْ كَانَتْ لإثْبَات الزَّوْجِيَّة فَالمُودَعُ لَيْسَ بخَصْمٍ فيه، وَإِنْ كَانَتْ لإثْبَات الوَديعَة فَالمَرْأَةُ لَيْسَتْ بخَصْمٍ في إثْبَات حُقُوق الغَائب، وَإِذَا ثَبَتَ عَلَيْه الحَقُّ بإقْرَارِه عَلَى نَفْسه تَعَدَّى إلَى الغَائب لكَوْن مَا أَقَرَّ به ملكَهُ، وَطُولبَ بالفَرْق بَيْنَ هَذه المَسْأَلة وَبَيْنَ مَا إذَا أَحْضَرَ صَاحبُ الدَّيْن غَرِيمًا للغَائب أَوْ مُودَعًا لهُ وَهُمَا مُعْتَرِفَان بثُبُوت دَيْنِ المُدَّعي عَلَى الغَائب، فَإِنَّ القَاضيَ لا يَأْمُرُ بقَضَاءِ دَيْنه منْ الوَديعَة وَالدَّيْنِ. وَأُجيبَ بأَنَّ أَمْرَ القَاضي في حَقِّ الغَائب إنَّمَا هُوَ للنَّظَر لهُ وَفي الأَمْر بالاتِّفَاق عَلَى المَرْأَة ذَلكَ إبْقَاءً لملكه وَلَيْسَ في قَضَاء الدَّيْن نَظَرٌ،

لأَنَّ فيه قَضَاءً عَلَيْه بقَوْل الغَيْر بإزَالة ملكه، ثُمَّ إذَا جَازَ للقَاضِي أَنْ يَأْمُرَ المُودَعَ بالإنْفَاق عَلَيْهَا بالبَيِّنَة المُحْتَملة للكَذب فَلأَنْ يَجُوزَ بعلمه الذي لا يَحْتَملُهُ أَوْلى، وَكَذَا إذَا كَانَ المَالُ فِي يَده مُضَارَبَةً لأَنَّهُ أَمَانَةٌ منْ وَجْه، وَكَذَا إذَا كَانَ دَيْنًا.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ مَا ذَكَرْنَا منْ جَوَاز فَرْض القَاضِي النَّفَقَةَ إذَا كَانَ المَالُ منْ جنْس حَقِّهَا فِي النَّفَقَة دَرَاهمَ أَوْ دَنَانيرَ أَوْ طَعَامًا أَوْ كَانَ ثيَابًا منْ جنْس حَقِّهَا فِي الكسْوَة، أَمَّا إذَا كَانَ المَالُ منْ خلاف جنْسه فَلا يَفرضُ النَّفَقَةَ فيه لأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلى البَيْع وَلا يُبَاعُ مَالُ الغَائب هَاهُنَا بالاتِّفَاق، أَمَّا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ فَلأَنَّهُ لا يُبَاعُ عَلى الحَاضر لأَنَّ البَيْعَ عَلَيْه إنَّمَا يَكُونُ بطَريق الحَجْر، وَالحَجْرُ عَلى الحُرِّ العَاقل البَالغ عنْدَهُ غَيْرُ صَحيح، فَكَذَا عَلى الغَائب، بَل بالطَّريق الأَوْلى.

وَأَمَّا عنْدَهُمَا إنْ كَانَ يَقْضي عَلى الحَاضر لأَنَّهُ يَعْرفُ امْتنَاعَهُ المَشْرُوطَ فِي جَوَاز البَيْع فَلا يَقْضي عَلى الغَائب لعَدَم ذَلكَ. قَال (وَيَأْخُذُ منْهَا كَفيلا بهَا نَظَرًا للغَائب) مَنْ عنْدَهُ المَالُ إذَا اعْتَرَفَ به وَبالزَّوْجيَّة يَنْظُرُ القَاضِي فَيُحلفُهَا أَنَّهَا مَا اسْتَوْفَتْ النَّفَقَةَ، فَإذَا حَلفَتْ دَفَعَ إلَيْهَا النَّفَقَةَ وَأَخَذَ منْهَا كَفيلا لجَوَاز أَنْ يَحْضُرَ الزَّوْجُ فَيُقيمَ البَيِّنَةَ عَلى إيفَاء نَفقَتهَا، فَإنْ اتَّفَقَ ذَلكَ كَانَ الزَّوْجُ مُخَيَّرًا فِي أَخْذ أَيِّهمَا شَاءَ منْ المَرْأَة، وَالكَفيل وَكَلامُهُ وَاضحٌ، وَلا يُقْضَى بنَفَقَة فِي مَال غَائب إلا لهَؤُلاء) يَعْني زَوْجَةَ الغَائب وَوَلَدَهُ الصِّغَارَ وَوَالدَيْه، أَمَّا غَيْرُهُمْ منْ المَحَارم كَالإخْوَة وَالأَخَوَات وَالأَعْمَام وَالعَمَّات فَلا يُقْضَى بنَفَقَتهمْ فيه.

وَوَجْهُ الفَرْق مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مُجْتَهدٌ فيه) قيل لأَنَّ الشَّافعيَّ لا يُوجبُ النَّفَقَةَ لغَيْر الوَالدَيْن وَالمَوْلُودَيْن، وَفيه نَظَرٌ سَيَأْتي. وَقَوْلُهُ (وَلوْ لَمْ يَعْلَمْ القَاضِي بذَلكَ) مُتَّصلٌ بقَوْله وَكَذَا إذَا عَلمَ القَاضِي بذَلكَ. وَقَوْلُهُ (وَ) لوْ (لَمْ يَكُنْ) يَعْني الرَّجُل (مُقرًّا به) مُتَّصلٌ بقَوْله يَعْتَرفُ به وَبالزَّوْجيَّة.

وَقَوْلُهُ (فَأَقَامَتْ البَيِّنَةَ عَلى الزَّوْجيَّة) يَعْني فِي الصُّورَتَيْن إذَا كَانَ ثَمَّةَ وَديعَةٌ وَلكنْ يُنْكرُ الزَّوْجيَّةَ أَوْ أَقَامَتْهَا ليَفرضَ القَاضِي نَفَقَةً فيمَا إذَا لَمْ يَخْلُفْ مَالا وَلَمْ يَعْلَمْ القَاضِي بالزَّوْجيَّة وَكَلامُهُ ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي هَذه المَسْأَلة أَقَاويلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا فَلَمْ يَذْكُرْهَا) منْ تلكَ الأَقَاويل مَا ذَكَرُوهُ منْ قَوْلهمْ إذَا جَحَدَ المَدْيُونُ أَوْ المُودَعُ الزَّوْجيَّةَ

بَيْنَهُمَا وَالمَالُ فِي يَدِه، فَقَدْ كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلا: تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا عَلى الزَّوْجِيَّةِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَال: لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا.

وَمِنْهَا مَا إذَا لَمْ يَكُنْ للزَّوْجِ الغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ فَطَلَبَتْ المَرْأَةُ مِنْ القَاضِي أَنْ يَسْمَعَ بَيِّنَتَهَا عَلَى النِّكَاحِ لِيَفْرِضَ النَّفَقَةَ عَلى الغَائِب وَيَأْمُرَهَا بالاسْتِدَانَة لَمْ يَجبْ إلى شَيْءٍ مِنْ ذَلكَ لأَنَّ هَذَا قَضَاءٌ عَلى الغَائِب، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الآخَرُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الأَوَّلُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ يُجِيبُهَا إلى ذَلكَ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَاب، وَإِنْ كَانَ للغَائِب دَيْنٌ أَوْ وَدِيعَةٌ وَكُلٌّ مِنْ المَدْيُون وَالمُودَعِ مُقِرٌّ بالدَّيْنِ الوَدِيعَة وَالنِّكَاحِ فَالقَاضِي يَأْمُرُ أَوَّلا بالإِنْفَاق مِنْ الوَدِيعَة لأَنَّ القَاضِيَ نُصِّبَ نَاظِرًا وَنَظَرُ الغَائِب فِي البُدَاءَة الوَدِيعَة لأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الهَلاكَ بِخِلاف الدَّيْن.

فصل

(وَإِذَا طَلَقَ الرَّجُلُ امرَأَتَهُ فَلهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكنَى فِي عِدَّتِهَا رَجعِيًّا كَانَ أَو بَائِنًا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا نَفَقَةَ للمَبتُوتَةِ إلا إِذَا كَانَت حَامِلا، أَمَّا الرَّجعِيُّ فَلأَنَّ النِّكَاحَ بَعدَهُ قَائِمٌ لا سِيَّمَا عِندَنَا فَإِنَّهُ يَحِلُّ لهُ الوَطءُ، وَأَمَّا البَائِنُ فَوَجهُ قَوله مَا رُوِيَ «عَن فَاطِمَةَ بِنتِ قَيسٍ قَالت: طَلَقَنِي زَوجِي ثَلاثًا فَلم يَفرِض لي رَسُولُ اللهِ ﷺ سُكنَى وَلا نَفَقَةَ»[1] وَلأَنَّهُ لا مِلكَ لهُ وَهِيَ مُرَتَّبَةٌ عَلى المِلكِ وَلهَذَا لا تَجِبُ للمُتَوَفَّى عَنهَا زَوجُهَا لانعِدَامِه، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَت حَامِلا لأَنَّا عَرَفنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوله تَعَالى ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ ﴾ **الآيَةَ. وَلنَا أَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ احتِبَاسٍ عَلى مَا ذَكَرنَا، وَالاحتِبَاسُ قَائِمٌ فِي حَقِّ حُكمٍ مَقصُودٍ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ الوَلدُ إذ العِدَّةُ وَاجِبَةٌ لصِيَانَةِ الوَلدِ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ وَلهَذَا كَانَ لهَا السُّكنَى بِالإِجمَاعِ وَصَارَ كَمَا إذَا كَانَت حَامِلا. وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنتِ قَيسٍ رَدَّهُ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ فَإِنَّهُ قَال: لا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَول امرَأَةٍ لا نَدرِي صَدَقَت أَم كَذَبَت حَفِظَت أَم نَسِيَت، سَمِعت رَسُول اللهِ ﷺ يَقُولُ: «للمُطَلقَةِ الثَّلاثِ النَّفَقَةُ وَالسُّكنَى مَا دَامَت فِي العِدَّةِ»[2] وَرَدَّهُ أَيضًا زَيدُ بنُ ثَابِتٍ وَأُسَامَةُ بنُ زَيدٍ وَجَابِرٌ وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنهُم.**

---

(١) أخرجه مسلم في الطلاق (٤٦).

(٢) أخرجه مسلم في الطلاق (٤٢)، وانظر نصب الراية (٣/٤٠٣).

الشرح:

(**فصلٌ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ النَّفَقَة وَالسُّكْنَى حَال قِيَامِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا شَرَعَ فِي بَيَانِهَا بَعْدَ المُفَارَقَة (وَإِذَا **طَلقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ** فَلهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا نَفَقَةَ للمَبْتُوتَة) وَهِيَ التِي طَلقَهَا الزَّوْجُ ثَلاثًا أَوْ طَلقهَا بعوَضٍ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً (إلا إذَا كَانَتْ حَاملا أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَلأَنَّ النِّكَاحَ بَعْدَهُ قَائمٌ لا سِيَّمَا عِنْدَنَا فَإِنَّهُ يَحلُّ لهُ الوَطْءُ) كَمَا تَقَدَّمَ (وَأَمَّا البَائنُ فَوَجْهُ قَوْله مَا رُوِيَ عَنْ فَاطمَةَ بنْت قَيْسٍ إلخْ) رَوَاهُ مُسْلمٌ وَأَبو دَاوُد وَالتِّرْمذيُّ وَالنَّسَائيُّ وَابْنُ مَاجَهْ. وَقَوْلُهُ: (لأَنَّا عَرَفْنَاهُ) أَيْ وُجُوبَ نَفَقَة الحَامل بالنَّصِّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾ وَالدَّليلُ عَلى أَنَّهُ فِي المُطَلقَات آخرُ الآيَة وَهُوَ قَوْله تَعَالى: ﴿ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وَالنَّفَقَةُ فِي غَيْرِ المُطَلقَات غَيْرُ مُغَيَّاة بوَضْعِ الحَمْل. وَقَوْلُهُ: (وَصَارَ كَمَا إذَا كَانَتْ حَاملا) اُعْتُرِضَ عَليْه بأَنَّ الحَائل لوْ كَانَتْ كَالحَامل فِي وُجُوب النَّفَقَة لمْ يَبْقَ لتَخْصيصِ الحَامل فِي النَّصِّ فَائدَةٌ. وَأُجيبَ بأَنَّ الفَائدَةَ رَفْعُ الاشْتبَاه، وَبَيَانُهُ أَنَّ الحَائل تَسْتَحقُّ النَّفَقَةَ ثَلاثَةَ قُرُوء، وَكَانَ يَشْتَبهَ بأَنَّ الحَامل أَيْضًا تَسْتَحقُّ ذَلكَ المقْدَارَ أَوْ زيَادَةً فَرفَعَ ذَلكَ وَقَال: لهَا النَّفَقَةُ فِي جَميعِ مُدَّة الحَمْل حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلهُنَّ. وَقَوْلُهُ: (وَلا نَدَعُ كتَابَ رَبِّنَا) يُريدُ به قَوْله تَعَالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الوُجْدَ هُوَ السَّعَةُ وَالغنَى وَذَلكَ يَرْجعُ إلى مَا يَمْلكُ به، أَمَّا الإسْكَانُ فَإنَّهُ قَدْ يَمْلكُ إسْكَانَهَا فِي غَيْر ملكه حَيْثُ يَسْكُنُ هُوَ وَلا يَمْلكُ الإنْفَاقَ منْ غَيْر ملكه، وَكَانَ تَقْديرُهُ وَاللهُ أَعْلمُ مَا تَلاهُ ابْنُ مَسْعُود: وَأَنْفقُوا عَليْهنَّ منْ وُجْدكُمْ. وَقَوْلُهُ (سُنَّةَ نَبيِّنَا) يُريدُ به قَوْلهُ: سَمعْت رَسُول الله ﷺ يَقُولُ «**للمُطَلقَة الثَّلاث النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى مَا دَامَتْ فِي العدَّة**» وَقَوْلُهُ (وَرَدَّهُ أَيْضًا زَيْدُ بْنُ ثَابت وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْد) هُوَ زَوْجُ فَاطمَةَ الرَّاويَة، فَإنَّ أُسَامَةَ كَانَ إذَا سَمعَهَا تُحَدِّثُ بهَذَا الحَديث رَمَاهَا بكُل شَيْءٍ فِي يَده. وَقَالتْ عَائشَةُ: تلكَ المَرْأَةُ فَتَنَتْ العَالمَ: أَيْ بروَايَتهَا هَذَا الحَديثَ.

(**وَلا نَفَقَةَ للمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا**) لأَنَّ احْتبَاسَهَا ليْسَ لحَقِّ الزَّوْجِ بَل لحَقِّ الشَّرْعِ فَإنَّ التَّرَبُّصَ عبَادَةٌ منْهَا. أَلا تَرَى أَنَّ مَعْنَى التَّعَرُّف عَنْ بَرَاءَة الرَّحمِ ليْسَ بمُرَاعًى فيه حَتَّى لا يُشْتَرَطَ فيهَا الحَيْضُ فَلا تَجبُ نَفَقَتُهَا عَليْه، وَلأَنَّ النَّفَقَةَ تَجبُ شَيْئًا فَشَيْئًا وَلا

مِلكَ لَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَلا يُمْكِنُ إِيجَابُهَا فِي مِلكِ الوَرَثَة (**وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَة بِمَعْصِيَةٍ مِثْلِ الرِّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ** فَلا نَفَقَةَ لَهَا) لأَنَّهَا صَارَتْ حَابِسَةً نَفْسَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَارَتْ كَمَا إِذَا كَانَتْ نَاشِزَةً، بِخِلافِ المَهْرِ بَعْدَ الدُّخُولِ لأَنَّهُ وُجِدَ التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ المَهْرِ بِالوَطْءِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ العِتْقِ وَخِيَارِ البُلُوغِ وَالتَّفْرِيقِ لِعَدَمِ الكَفَاءَةِ لأَنَّهَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا بِحَقٍّ وَذَلِكَ لا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ كَمَا إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا لاسْتِيفَاءِ المَهْرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا نَفَقَةَ لِلمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (**وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَة بِمَعْصِيَةٍ مِثْلِ الرِّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلا نَفَقَةَ لَهَا**) إِنَّمَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلسُّكْنَى لأَنَّهَا وَاجِبَةٌ بِأَيِّ فُرْقَةٍ كَانَتْ لأَنَّ القَرَارَ فِي البَيْتِ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا فَلا يَسْقُطُ بِمَعْصِيَتِهَا، فَأَمَّا النَّفَقَةُ فَوَاجِبَةٌ لَهَا فَتَسْقُطُ بِمَعْصِيَةٍ مِنْ قِبَلِهَا، وَأَمَّا الرِّدَّةُ فَقَدْ ذَكَرَهَا شَيْخُ الإِسْلامِ فِي مَبْسُوطِهِ وَقَالَ: إِنَّمَا تَسْقُطُ نَفَقَةُ المُرْتَدَّةِ إِذَا أُخْرِجَتْ لِلحَبْسِ مِنْ بَيْتِ العِدَّةِ، وَأَمَّا إِذَا اعْتَدَّتْ وَلَمْ تَخْرُجْ مِنْ بَيْتِ الزَّوْجِ لِلحَبْسِ فَلَهَا النَّفَقَةُ

(وَإِن طَلَقَهَا ثَلاثًا ثُمَّ ارتَدَّت وَالعِيَاذُ بِاللهِ سَقَطَت نَفَقَتُهَا، وَإِن مَكَّنَت ابنَ زَوجِهَا) مِن نَفسِهَا (فَلَهَا النَّفَقَةُ) مَعنَاهُ: مَكَّنَت بَعدَ الطَّلاقِ، لأَنَّ الفُرقَةَ تَثبُتُ بِالطَّلقَاتِ الثَّلاثِ وَلا عَمَلَ فِيهَا لِلرِّدَّةِ وَالتَّمكِينِ، إِلا أَنَّ المُرتَدَّةَ تُحبَسُ حَتَّى تَتُوبَ، وَلا نَفَقَةَ لِلمَحبُوسَةِ، وَالمُمَكِّنَةُ لا تُحبَسُ فَلِهَذَا يَقَعُ الفَرقُ.

الشرح:

(وَإِنْ **طَلَقَهَا ثَلاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِاللهِ** سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَّنَتْ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) وَالفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا كُلُّهُ فِي الطَّلاقِ البَائِنِ وَالطَّلقَاتِ الثَّلاثِ، وَأَمَّا المُعْتَدَّةُ بِالطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ إِذَا وَطِئَهَا ابْنُ الزَّوْجِ أَوْ قَبَّلَهَا بِشَهْوَةٍ وَهِيَ مُطَاوِعَةٌ أَوْ ارْتَدَّتْ فَحُبِسَتْ أَوْ لَمْ تُحْبَسْ فَلا نَفَقَةَ لَهَا لأَنَّ الطَّلاقَ الرَّجْعِيَّ لا يَقَعُ بِهِ الفُرْقَةُ وَكَانَ وُقُوعُ الفُرْقَةِ لِسَبَبٍ وُجِدَ مِنْهَا وَهُوَ مَعْصِيَةٌ فَيُوجِبُ ذَلِكَ سُقُوطَ النَّفَقَةِ، بِخِلافِ الطَّلاقِ البَائِنِ.

فصل

(وَنَفَقَةُ الأولادِ الصِّغَارِ عَلى الأبِ لا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ كَمَا لا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوجَةِ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ وَالمَولُودُ لهُ هُوَ الأبُ (فَإن كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيسَ عَلى أُمِّهِ أَن تُرضِعَهُ) لمَا بيَّنَّا أَنَّ الكِفَايَةَ عَلى الأبِ وَأُجرَةَ الرَّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ وَلأَنَّهَا عَسَاهَا لا تَقدِرُ عَليهِ لعُذرٍ بِهَا فَلا مَعنَى للجَبرِ عَليهِ. وَقِيلَ فِي تَأوِيل قَولهِ تَعَالى ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا ﴾ بِإلزَامِهَا الإرضَاعَ مَعَ كَرَاهَتِهَا، وَهَذَا الذِي ذَكَرنَا بَيَانُ الحُكمِ، وَذَلكَ إذَا كَانَ يُوجَدُ مَن تُرضِعُهُ، أَمَّا إذَا كَانَ لا تُوجَدُ مَن تُرضِعُهُ تُجبَرُ الأمُّ عَلى الإرضَاعِ صِيَانَةً للصَّبِيِّ عَن الضَّيَاعِ.

قَالَ (وَيَستَأجِرُ الأبُ مَن تُرضِعُهُ عِندَهَا) أَمَّا استِئجَارُ الأبِ فَلأَنَّ الأجرَ عَليهِ، وَقَولُهُ عِندَهَا مَعنَاهُ إذَا أَرَادَت ذَلكَ لأَنَّ الحَجرَ لهَا.

الشرح:

(فَصْلٌ):

(لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَان نَفقَة الزَّوْجَات شَرَعَ فِي بَيَان **نَفَقَة الأَوْلاد الصِّغَار** عَلى الأَب خَاصَّةً لا يُشَارِكُهُ فِيهَا غَيْرُهُ) فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّفَقَةَ عَلى الأَب وَالأُمِّ أَثْلاثًا بحَسَب ميرَاثهمَا لقَوْله تَعَالى ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ وَوَجْهُ الظَّاهِرِ قَوْله تَعَالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ قيل فِي وَجْه الاسْتِدْلال أَنَّ رِزْقَ الوَالدَات لَمَّا وَجَبَ عَلى الأَب بسَبَب الوَلد وَجَبَ عَلَيْه رِزْقُ الوَلد بطَرِيق الأَوْلى. وَبَيَانُ ذَلكَ أَنَّ وُجُوبَ نَفقَتهنَّ عَلَيْه كَانَ بسَبَب الوَلد لأَنَّ الحُكْمَ تَرَتَّبَ عَلى مُشْتَقٍّ، وَتَرَتُّبُهُ عَلى المُشْتَقِّ دَليلٌ عَلى عِلِّيَّة المُشْتَقِّ منْهُ لذَلكَ كَمَا فِي السَّارِق وَالزَّانِي، وَفيه نَظَرٌ لَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ علةَ نَفقَتهنَّ عَلى الزَّوْجِ هُوَ الاحْتبَاسُ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ علةً لئَلا يَتَوَارَدَ علتَان عَلى مَعْلُول وَاحد. وَالجَوَابُ أَنَّ العلةَ هُوَ الوِلادُ لكَوْنه هُوَ المُؤَثِّرُ فِي وُجُوب النَّفقَة إذْ هُوَ السَّبَبُ للجُزْئيَّة الحَاصلة بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَالوَلد، وَكَمَا تَجبُ النَّفقَةُ عَلى نَفْسه تَجبُ عَلى جُزْئه، وَالاحْتبَاسُ علةُ العلة وَالعَقْدُ الصَّحيحُ سَبَبٌ يُفْضِي إلَيْه، فَيَجُوزُ إضَافَةُ الحُكْمِ إلَيْه قَبْل تَحَقّق الوِلاد، فَإذَا تَحَقَّقَ يُضَافُ الحُكْمُ إلَيْه، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال اسْتَدَل بالآيَة عَلى نَفْيِ مُشَارَكَة أَحَدٍ فِي نَفَقَة الزَّوْجَة بتَقْديم الظَّرْف.

وَقَاسَ عَلَيْهِ نَفْيَ الْمُشَارَكَةِ فِي نَفَقَةِ الوَلَدِ لأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لا يَقْبَلُ الاشْتِرَاكَ، فَكَذَا النَّفَقَةُ الثَّابِتَةُ بِهِمَا؛ وَإِذَا انْتَفَى الاشْتِرَاكُ فَإِمَّا أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الأَبِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ لا سَبِيلَ إِلَى الثَّانِي فَتَعَيَّنَ الأَوَّلُ (وَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَى الأُمِّ أَنْ تُرْضِعَهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الكِفَايَةَ عَلَى الأَبِ وَأُجْرَةَ الرَّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ) فَكَمَا أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِذَا فُطِمَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ تُرْضِعُهُ إِذَا وُجِدَتْ، وَلأَنَّهَا قَدْ لا تَقْدِرُ عَلَى الإِرْضَاعِ لِعُذْرٍ بِهَا فَلا مَعْنَى لِلجَبْرِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا﴾ مَعْنَاهُ بِإِلزَامِهَا الإِرْضَاعَ مَعَ كَرَاهَتِهَا. فَإِنْ قِيلَ: فَمَا مَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ قُلت: إِنْ كَانَ مَعْنَاهُ الإِخْبَارَ عَنْ فِعْلِهِنَّ حِينَ فَعَلنَ فَلا يَحْتَاجُ إِلَى جَوَابٍ، وَإِنْ كَانَ مَعْنَاهُ الأَمْرَ وَهُوَ الظَّاهِرُ كَانَ مَحْمُولا عَلَى النَّدْبِ أَوْ الوُجُوبِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَنْ يُرْضِعُهُ أَوْ لَمْ يُقْبِل الصَّغِيرُ عَلَى ثَدْيِ غَيْرِهَا وَهُوَ الذي أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ أَمَّا إِذَا كَانَ لا يُوجَدُ مَنْ تُرْضِعُهُ تُجْبَرُ عَلَى الإِرْضَاعِ صِيَانَةً لِلصَّبِيِّ عَنْ الضَّيَاعِ، أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الوُجُوبِ عَلَيْهَا تَدَيُّنًا، حَتَّى لا يَجُوزَ اسْتِئْجَارُهَا عَلَى الإِرْضَاعِ إِذَا كَانَتْ فِي عِصْمَتِهِ أَوْ عِدَّتِهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاسْتَدَلَّ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ بِمَعْنَى الأَمْرِ وَجَبَ أَنْ يَتَنَاوَلَ بِإِطْلاقِهِ الْمَنْكُوحَةَ وَالْمُبَانَةَ. قُلت: إِنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فِي الْمُطَلَّقَاتِ، وَأَوْجَبَ إِيتَاءَ أُجُورِهِنَّ عِنْدَ الإِرْضَاعِ، فَلَوْ كَانَ قَوْلُهُ يُرْضِعْنَ عَلَى إِطْلاقِهِ لَوَجَبَ الإِرْضَاعُ عَلَى الْمُطَلَّقَاتِ، وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ عَمَلِ إِحْدَى الآيَتَيْنِ فَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى الْمَنْكُوحَةِ وَمَنْ فِي مَعْنَاهَا وَهِيَ الْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ رِوَايَةً وَاحِدَةً وَالْمَبْتُوتَةُ فِي رِوَايَةٍ إِذَا كَانَتْ فِي العِدَّةِ عَمَلا بِالدَّلِيلَيْنِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا) لَمْ يَجُزْ لأَنَّ الإِرْضَاعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا دِيَانَةً. قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلا أَنَّهَا عُذِرَتْ لاحْتِمَالِ عَجْزِهَا، فَإِذَا أَقْدَمَتْ عَلَيْهِ بِالأَجْرِ ظَهَرَتْ قُدْرَتُهَا فَكَانَ الفِعْلُ وَاجِبًا عَلَيْهَا فَلا يَجُوزُ أَخْذُ الأَجْرِ عَلَيْهِ، وَهَذَا فِي الْمُعْتَدَّةِ عَنْ طَلاقٍ رَجْعِيٍّ رِوَايَةٌ وَاحِدَةً لأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ، وَكَذَا فِي الْمَبْتُوتَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: جَازَ اسْتِئْجَارُهَا لأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ. وَجْهُ الأُولَى أَنَّهُ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الأَحْكَامِ.

(وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ مَنْكُوحَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لإِرْضَاعِ ابْنٍ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا جَازَ) لأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا (وَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا) يَعْنِي لإِرْضَاعِ وَلَدِهَا (جَازَ) لأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالْكُلِّيَّةِ وَصَارَتْ كَالأَجْنَبِيَّةِ (فَإِنْ قَالَ الأَبُ لا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتْ الأُمُّ بِمِثْلِ أَجْرِ الأَجْنَبِيَّةِ أَوْ رَضِيَتْ بِغَيْرِ أَجْرٍ) كَانَتْ هِيَ أَحَقَّ لأَنَّهَا أَشْفَقُ فَكَانَ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهَا (وَإِنْ التَمَسَتْ زِيَادَةً لَمْ يُجْبَرْ الزَّوْجُ عَلَيْهَا) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ لَا تُضَآرَّ وَالِدَةُۢ بِوَلَدِهَا ﴾ أَيْ بِإِلْزَامِهِ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةِ الأَجْنَبِيَّةِ.

(وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِن خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوجَةِ عَلَى الزَّوجِ وَإِن خَالَفَتهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الوَلَدُ فَلإِطلاقِ مَا تَلونَا، وَلأَنَّهُ جُزؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعنَى نَفسِهِ، وَأَمَّا الزَّوجَةُ فَلأَنَّ السَّبَبَ هُوَ العَقدُ الصَّحِيحُ فَإِنَّهُ بِإِزَاءِ الاحتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ، وَقَد صَحَّ العَقدُ بَينَ المُسلِمِ وَالكَافِرَةِ وَتَرَتَّبَ عَلَيهِ الاحتِبَاسُ فَوَجَبَت النَّفَقَةُ. وَفِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا إِنَّمَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ إِذَا لَم يَكُن لِلصَّغِيرِ مَالٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَالأَصلُ أَنَّ نَفَقَةَ الإِنسَانِ فِي مَالِ نَفسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَو كَبِيرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ) بِأَنْ أَسْلَمَ الابْنُ بِنَفْسِهِ وَالأَبُ كَافِرٌ أَوْ عَلَى العَكْسِ لِمَا أَنَّ إِسْلامَ الصَّبِيِّ العَاقِلِ وَارْتِدَادَهُ صَحِيحٌ (كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ، أَمَّا الوَلَدُ فَلإِطْلاقِ مَا تَلوْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ ﴾ الآيَةَ (وَلأَنَّهُ جُزْؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ) وَكُفْرُهُ لا يُؤَثِّرُ فِي نَفَقَةِ نَفْسِهِ فَكَذَا فِي نَفَقَةِ جُزْئِهِ (وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَلأَنَّ السَّبَبَ هُوَ العَقْدُ الصَّحِيحُ، فَإِنَّهُ) يَعْنِي وُجُوبَ النَّفَقَةِ (بِإِزَاءِ الاحْتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ) أَيْ بِالعَقْدِ الصَّحِيحِ، وَالعَقْدُ الصَّحِيحُ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرَةِ وَالكِتَابِيَّةِ مَوْجُودٌ، وَالاحْتِبَاسُ مُتَرَتِّبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ السَّبَبُ مَوْجُودًا فَتَجِبُ النَّفَقَةُ. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا أَنَّ السَّبَبَ مَوْجُودٌ لَكِنْ لِمَ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الكُفْرُ مَانِعًا كَمَا فِي اسْتِحْقَاقِ الإِرْثِ؟ فَالجَوَابُ أَنَّ مَا كَانَ سَبَبُهُ العَقْدَ فَالكُفْرُ لا يُنَافِي وُجُوبَهُ كَالمَهْرِ وَثَمَنِ المَبِيعِ وَغَيْرِهِمَا وَالمِيرَاثُ لَيْسَ سَبَبُهُ العَقْدَ، وَإِنَّمَا مَبْنَاهُ عَلَى الوِلايَةِ، وَالكُفْرُ يُنَافِيهَا. وَأَقُولُ: لَوْ اسْتَدَلَّ عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ أَيْضًا بِإِطْلاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَعَلَى

﴿ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ الآيَةَ كَانَ أَسْهَلَ تَأَتِّيًا لأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى نَفَقَتِهِنَّ بِعِبَارَتِهِ وَعَلَى نَفَقَةِ الوَلَدِ بِالدَّلالَةِ كَمَا تَقَدَّمَ وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى دَفْعِ مَا يُوهِمُ كَلامُهُ مِنَ التَّرَدُّدِ فِي سَبَبِ النَّفَقَةِ؛ فَإِنَّهُ جَعَلَهُ هَاهُنَا العَقْدَ الصَّحِيحَ وَجَعَلَهُ فِي قَوْلِهِ ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ الوِلادَ وَقَبْلَهُ الاحْتِبَاسُ الحَاصِلُ بِالعَقْدِ وَدَفَعَهُ بِمَا قَدَّمْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) أَيْ مِنْ نَفَقَةِ الوَلَدِ مَعَ مُوَافَقَةِ الدِّينِ وَمُخَالَفَتِهِ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَى الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَالٌ وَتَنْكِيرُ مَال يُشِيرُ إِلَى عُمُومِهِ بِوُقُوعِهِ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ سَوَاءٌ كَانَ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا أَوْ دُورًا أَوْ عَقَارًا أَوْ ثِيَابًا. قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: إِذَا كَانَ لِلصَّغِيرِ عَقَارٌ أَوْ ثِيَابٌ وَاحْتِيجَ إِلَى ذَلِكَ لِلنَّفَقَةِ كَانَ لِلأَبِ أَنْ يَبِيعَ ذَلِكَ كُلَّهُ وَيُنْفِقَ عَلَيْهِ لأَنَّ الأَصْلَ فِي نَفَقَةِ الإِنْسَانِ أَنْ يَكُونَ فِي مَالِ نَفْسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ نَفَقَةَ المَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا وَإِنْ كَانَ لَهَا مَالٌ فَالأَصْلُ مَنْقُوضٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ الأَصْلَ عِبَارَةٌ عَنْ حَالَةٍ مُسْتَمِرَّةٍ لا تَتَغَيَّرُ إِلا بِأُمُورٍ ضَرُورِيَّةٍ، وَقَدْ تَحَقَّقَ فِي نَفَقَةِ المَرْأَةِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ فَيَتَغَيَّرُ، وَذَلِكَ لأَنَّ نَفَقَةَ المَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ الاحْتِبَاسِ، فَمَا دَامَ الاحْتِبَاسُ قَائِمًا كَانَتْ النَّفَقَةُ وَاجِبَةً تَحْقِيقًا لِلْمُعَادَلَةِ وَنَفَقَةُ الوَلَدِ لِلْحَاجَةِ وَلا حَاجَةَ مَعَ الغِنَى.

فَصْلٌ

(وَعَلَى الرَّجُلِ أَن يُنفِقَ عَلَى أَبَوَيهِ وَأَجدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِن خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الأَبوَانِ فَلِقَولِهِ تَعَالَى ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ **نَزَلَت الآيَةُ فِي الأَبَوَينِ الكَافِرَينِ، وَلَيسَ مِنَ المَعرُوفِ أَن يَعِيشَ فِي نِعَمِ اللهِ تَعَالَى وَيَترُكَهُمَا يَمُوتَانِ جُوعًا، وَأَمَّا الأَجدَادُ وَالجَدَّاتُ فَلأَنَّهُم مِنَ الآبَاءِ وَالأُمَّهَاتِ وَلِهَذَا يَقُومُ الجَدُّ مَقَامَ الأَبِ عِندَ عَدَمِهِ وَلأَنَّهُم سَبَّبُوا لإِحيَائِهِ فَاستَوجَبُوا عَلَيهِ الإِحيَاءَ بِمَنزِلَةِ الأَبَوَينِ. وَشَرَطَ الفَقرَ لأَنَّهُ لَو كَانَ ذَا مَالٍ، فَإِيجَابُ نَفَقَتِهِ فِي مَالِهِ أَولَى مِن إِيجَابِهَا فِي مَالِ غَيرِهِ، وَلا يُمنَعُ ذَلِكَ بِاختِلافِ الدِّينِ لِمَا تَلَونَا (وَلا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اختِلافِ الدِّينِ إِلا لِلزَّوجَةِ وَالأَبَوَينِ وَالأَجدَادِ وَالجَدَّاتِ وَالوَلَدِ وَوَلَدِ الوَلَدِ) أَمَّا الزَّوجَةُ فَلِمَا ذَكَرنَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهَا بِالعَقدِ لاحتِبَاسِهَا لِحَقٍّ لَهُ مَقصُودٍ، وَهَذَا لا يَتَعَلَّقُ بِاتِّحَادِ المِلَّةِ، وَأَمَّا غَيرُهَا فَلأَنَّ الجُزئِيَّةَ ثَابِتَةٌ وَجُزءَ المَرءِ فِي مَعنَى نَفسِهِ، فَكَمَا لا يُمتَنَعُ نَفَقَةُ نَفسِهِ لِكُفرِهِ لا يُمتَنَعُ نَفَقَةُ جُزئِهِ إِلا أَنَّهُم إِذَا كَانُوا حَربِيِّينَ لا تَجِبُ نَفَقَتُهُم عَلَى المُسلِمِ وَإِن كَانُوا مُستَأمَنِينَ، لأَنَّا نُهِينَا عَن**

البِرّ فِي حَقّ مَن يُقَاتِلُنَا فِي الدِّين.

الشرح:

لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ نَفَقَة الوَلدِ شَرَعَ فِي بَيَانِ **نَفَقَة الوَالد** (وَيَجبُ عَلى الرَّجُل أَنْ يُنْفِقَ عَلى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَاده وَجَدَّاته إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينه، أَمَّا الأَبَوَان فَلقَوْله تَعَالى ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشۡرِكَ بِي مَا لَيۡسَ لَكَ بِهِۦ عِلۡمٞ فَلَا تُطِعۡهُمَاۖ وَصَاحِبۡهُمَا فِي ٱلدُّنۡيَا مَعۡرُوفٗاۖ﴾ [لقمان: ١٥]) قِيل نَزَلتْ فِي سَعْد بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ حِينَ أَسْلمَ وَقَالتْ لهُ أُمُّهُ جَمِيلةُ: يَا سَعْدُ بَلغَنِي أَنَّك صَبَوْت، فَوَاللهِ لا يُظِلُّنِي سَقْفُ بَيْتٍ مِنْ الضِّحِّ وَالرِّيحِ وَلا آكُلُ وَلا أَشْرَبُ حَتَّى تَكْفُرَ بِمُحَمَّدٍ وَتَرْجِعَ إِلى مَا كُنْت عَلَيْهِ وَكَانَ أَحَبَّ وَلدهَا إِليْهَا، فَأَبَى سَعْدٌ وَصَبَرَتْ هِيَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَلمْ تَأْكُل وَلمْ تَشْرَبْ وَلمْ تَسْتَظِل ثَلاثَةَ أَيَّامٍ حَتَّى غُشِيَ عَليْهَا، فَأَتَى سَعْدٌ النَّبِيَّ ﷺ وَشَكَا إِليْه ذَلكَ، فَنَزَلتْ هَذه الآيَةُ. (وَليْسَ مِنْ المَعْرُوف أَنْ يَعِيشَ الوَلدُ فِي نِعَمِ اللهِ وَيَتْرُكَ مَا كَانَ سَبَبًا لهُ فِي تِلكَ المَعِيشَةِ يَمُوتُ مِنْ الجُوعِ) وَقَدْ قِيل فَسَّرَ النَّبِيُّ ﷺ حُسْنَ المُصَاحَبَة بِأَنْ يُطْعِمَهُمَا إِذَا جَاعَا وَيَكْسُوَهُمَا إِذَا عَرِيَا وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا تَلوْنَا) أَرَادَ بِه قَوْله تَعَالى ﴿وَصَاحِبۡهُمَا فِي ٱلدُّنۡيَا مَعۡرُوفٗاۖ﴾ وَلمْ يَذْكُرْ المُصَنِّفُ هَاهُنَا أَنَّ الأَبَ إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلى الكَسْبِ هَل يُجْبَرُ الوَلدُ عَلى الإِنْفَاقِ عَليْه أَوْ لا.

قَال شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ: إِذَا كَانَ الأَبُ كَسُوبًا وَالابْنُ أَيْضًا كَسُوبًا يُجْبَرُ الابْنُ عَلى الكَسْبِ وَالنَّفَقَة عَلى الأَب.

وَقَال شَمْسُ الأَئِمَّة الحَلوَانِيُّ: لا يُجْبَرُ عَلى ذَلكَ، فَاعْتَبَرَهُ بِذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ بِنَاءً عَلى أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النَّفَقَة للفَقْرِ وَالحَاجَة وَهِيَ تَنْدَفِعُ عِنْدَ القُدْرَة عَلى الكَسْب، وَشَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ يَحْتَاجُ إِلى الفَرْق بَيْنَ نَفَقَة الوَلد وَالوَالد، فَإِنَّ الوَلدَ البَالغَ إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلى الكَسْب لا تَجبُ عَلى الأَب نَفَقَتُهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِفَضِيلة الوَالد عَلى الوَلد حَيْثُ اُعْتُبِرَتْ حَاجَتُهُ ضَرُورِيَّةً كَانَتْ كَالنَّفَقَة وَالكِسْوَة، أَوْ غَيْرَهَا كَشَهْوَة الفَرْجِ فَإِنَّ للوَالد اسْتِحْقَاقَ اسْتِيلادِ جَارِيَة الوَلدِ وَليْسَ للوَلد اسْتِحْقَاقُ اسْتِيلاد جَارِيَة الوَالد، فَلوْ شُرِطَ هَاهُنَا عَجْزُ الوَالد عَنْ الكَسْب لاسْتِحْقَاق نَفَقَته عَلى وَلده كَمَا شُرِطَ فِي حَقِّ الابْنِ لوَقَعَتْ المُسَاوَاةُ مَعَ قِيَامِ دَليل المُفَاضَلة.

وَقَوْلُهُ (وَلا تَجبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتلاف الدِّين) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّا نُهينَا عَنْ البرِّ في حَقِّ مَنْ يُقَاتِلُنَا) قَال اللهُ تَعَالى ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ [الممتحنة: ٩] الآيَةَ. وَاسْتَشْكَل بقَوْله تَعَالى ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [لقمان: ١٥] فَإِنَّهُ بِإِطْلاقِهِ يُوجبُ النَّفَقَةَ للوَالدَيْنِ وَإِنْ كَانَا حَرْبِيَّيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ العَمَل بِإِطْلاقِه يُفْضِي إلى التَّعَارُضِ المُفْضِي إلى التَّرْكِ المُمْتَنعِ فَحُمِل ذَلكَ عَلى أَهْل الذِّمَّة وَهَذَا عَلى أَهْل الحَرْب.

(وَلا تَجِبُ عَلى النَّصرانِيّ نَفقَةُ أخُوهُ المُسلمِ) وَكَذَا لا تَجِبُ عَلى المُسلمِ نَفقَةُ أَخُوهُ النَّصرانِيّ لأنَّ النَّفقَةَ مُتَعلقَةٌ بالإرثِ بالنَّصِّ بِخِلافِ العِتقِ عِندَ المِلكِ لأنَّهُ مُتَعلقٌ بالقَرَابَةِ وَالمَحرَمِيَّةِ بالحَديثِ، وَلأنَّ القَرَابَةَ مُوجِبَةٌ للصِّلةِ، وَمَعَ الاتِّفَاقِ فِي الدِّينِ آكَدُ وَدَوَامُ مِلكِ اليَمِينِ أَعلى فِي القَطِيعَةِ مِن حِرمَانِ النَّفقَةِ، فَاعتَبَرنَا فِي الأعلى أَصل العِلةِ وَفِي الأدنَى العِلةَ المُؤَكَّدَةَ فَلهَذَا افتَرَقَا (وَلا يُشَارِكُ الوَلدَ فِي نَفقَةِ أَبوَيهِ أَحَدٌ) لأنَّ لهُمَا تَأويلا فِي مَال الوَلدِ بالنَّصِّ، وَلا تَأوِيل لهُمَا فِي مَال غَيرِهِ، وَلأنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إليهِمَا فَكَانَ أَولى بِاستِحقَاقِ نَفقَتِهِمَا عَليهِ، وَهِيَ عَلى الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ بالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لأنَّ المَعنَى يَشمَلُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا تَجبُ عَلى النَّصْرَانِيِّ نَفقَةُ أَخُوهُ المُسْلمِ) منْ فُرُوعِ قَوْله وَلا تَجبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتلاف الدِّينِ مُتَضَمِّنًا للفَرْق بَيْنَ عَدَمِ وُجُوبِ النَّفَقَة وَوُقُوعِ العتْق عنْدَ التَّمَلُّك، وَكَلامُهُ في الفَرْق بَيْنَهُمَا بأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلقَةٌ بالإرْث: يَعْني في غَيْر قَرَابَة الوِلاد بالنَّصِّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾.

وَالعتْقُ مُتَعَلقٌ بالقَرَابَة وَالمَحْرَميَّة بالحَديث: يَعْني قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ مَلكَ ذَا رَحمٍ مَحْرَمٍ منْهُ عَتَقَ عَلَيْه**» وَبالمَعْقُول وَاضحٌ خَلا قَوْلهُ: دَوَامُ ملك اليَمين أَعْلى في القَطيعَة منْ حرْمَان النَّفَقَة، فَإنَّ حرْمَانَ النَّفَقَة قَدْ يُفْضي إلى الهَلاك وَدَوَامُ ملك اليَمين لَيْسَ كَذَلكَ فَكَيْفَ يَكُونُ أَعْلى؟ وَلأَنَّ الإنْفَاقَ صلةُ إحْيَاءِ حَقيقَةً وَصلةُ العتْق صلةُ إحْيَاء حُكْمًا، وَلا شَكَّ في أَنَّ الإحْيَاءَ الحَقيقيَّ أَعْلى.

وَالجَوَابُ أَنَّ الحَاجَةَ إلى النَّفَقَة مَقْدُورَةُ الدَّفْعِ منْ غَيْره بأَنْ يَسْأَل النَّاسَ أَوْ يَبَرَّهُ

أَحَدٌ مِنْ غَيْرِ سُؤَالٍ، فَإِنَّ الهَلاكَ جُوعًا فِي العُمْرَانِ مَعَ تَوَفُّرِ أَصْحَابِ الزَّكَوَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَالمَعْرُوفِ نَادِرٌ، وَأَمَّا الحَاجَةُ إلى الإعْتَاقِ فَإِنَّهَا لا تَنْدَفِعُ إلا مِنْ جَانِبِه، وَأَمَّا كَوْنُ الإحْيَاءِ الحَقِيقِيِّ أَعْلَى مِنْ الحُكْمِيِّ فَبَعْدَ تَسْلِيمِه مَرْدُودٌ بِعَدَمِ تَعَيُّنِ تَحَقُّقِه مِنْ جَانِبِه لِمَا قُلْنَا. قَالَ (وَلا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ) لا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ مِنْ الإخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ وَالأَعْمَامِ وَغَيْرِهِمْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لأَنَّ لَهُمَا تَأْوِيلا فِي مَالِ الوَلَدِ بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ**» فَكَانَا غَنِيَّيْنِ بِمَالِه، وَالغَنِيُّ لا تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَى غَيْرِه.

فَإِنْ قِيلَ: التَّأْوِيلُ ثَبَتَ بِخَبَرِ الوَاحِدِ فَلا يُعَارِضُ إطْلاقَ قَوْلِه تَعَالَى ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ قُلت: الحَدِيثُ مَشْهُورٌ فَتَجُوزُ بِه الزِّيَادَةُ. سَلَّمْنَا أَنَّهُ مِنْ الآحَادِ لكِنَّ تَرْكَ إطْلاقِ قَوْلِه ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الدَّلائِلِ الدَّالَّةِ عَلَى تَقْيِيدِهَا بِغَيْرِ قَرَابَةِ الوِلادِ المُسْتَنِدَةِ إلى قَوْلِه تَعَالَى ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ الآيَةَ كَمَا تَقَدَّمَ.

فَإِنْ قُلت: لا مُنَافَاةَ بَيْنَ الآيَتَيْنِ لأَنَّ قَوْلَه تَعَالَى ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ يَقْتَضِي أَنْ يُشَارِكَ الجَدُّ الابْنَ، كَمَا أَنَّ قَوْلَه تَعَالَى ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ يَقْتَضِيه: قُلت: لَمَّا ثَبَتَ لِلوَالِدِ التَّأْوِيلُ فِي مَالِ الوَلَدِ بِالإجْمَاعِ صَارَ غَنِيًّا بِه وَالغَنِيُّ لا تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَى وَالِدِه فَلا يُشَارِكُ الجَدُّ الابْنَ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إلَيْهِمَا) أَيْ الوَلَدُ أَقْرَبُ النَّاسِ إلى الوَالِدَيْنِ، وَالأَقْرَبُ إلَيْهِمَا أَوْلَى لاسْتِحْقَاقِ نَفَقَتِهِمَا عَلَيْه لأَنَّهَا صِلَةٌ وَجَبَتْ بِالقَرَابَةِ، فَمَنْ كَانَ أَقْرَبَ فَهُوَ أَوْلَى بِالاسْتِحْقَاقِ لهُ وَعَلَيْه، وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالإنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النَّفَقَةَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى أَثْلاثًا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ عَلَى قِيَاسِ المِيرَاثِ وَعَلَى قِيَاسِ نَفَقَةِ ذَوِي الأَرْحَامِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ لأَنَّ المَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

وَبَيَانُهُ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الأَبَوَيْنِ إنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ التَّأْوِيلِ وَحَقِّ المِلْكِ لَهُمَا فِي مَالِ الوَلَدِ بِقَوْلِه ﷺ «**أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ**» وَهَذَا المَعْنَى يَشْمَلُ الذُّكُورَ وَالإنَاثَ فَيَكُونَانِ سَوَاءً؛ وَلِهَذَا يَثْبُتُ لَهُمَا هَذَا الاسْتِحْقَاقُ مَعَ اخْتِلافِ المِلَّةِ وَإِنْ انْعَدَمَ التَّوَارُثُ، فَقَوْلُهُ

(وَهُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ الحَسَنِ.

(وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أَو كَانَت امرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً أَو كَانَ ذَكَرًا بَالِغًا فَقِيرًا زَمِنًا أَو أَعمَى) لأَنَّ الصِّلَةَ فِي القَرَابَةِ القَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ البَعِيدَةِ، وَالفَاصِلُ أَن يَكُونَ ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ، وَقَد قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ وَفِي قِرَاءَةِ عَبدِ اللهِ بنِ مَسعُودٍ " وَعَلى الوَارِثِ ذِي الرَّحِمِ المَحرَمِ مِثلُ ذَلكَ " ثُمَّ لا بُدَّ مِن الحَاجَةِ وَالصِّغَرِ وَالأُنُوثَةِ وَالزَّمَانَةِ وَالعَمَى أَمَارَةُ الحَاجَةِ لِتَحَقُّقِ العَجزِ، فَإِنَّ القَادِرَ عَلى الكَسبِ غَنِيٌّ بِكَسبِهِ. بِخِلافِ الأَبَوَينِ لأَنَّهُ يَلحَقُهُمَا تَعَبُ الكَسبِ وَالوَلَدُ مَأمُورٌ بِدَفعِ الضَّرَرِ عَنهُمَا فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمَا مَعَ قُدرَتِهِمَا عَلى الكَسبِ.

قَال (وَيَجِبُ ذَلكَ عَلى مِقدَارِ المِيرَاثِ وَيُجبَرُ عَليهِ) لأَنَّ التَّنصِيصَ عَلى الوَارِثِ تَنبِيهٌ عَلى اعتِبَارِ المِقدَارِ، وَلأَنَّ الغُرمَ بِالغُنمِ وَالجَبرَ لإِيفَاءِ حَقٍّ مُستَحَقٍّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَالنَّفَقَةُ لِكُلِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ**) مُبْتَدَأٌ وَخَبَرُهُ مَحْذُوفٌ: أَيْ النَّفَقَةُ لِكُلِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ وَهُوَ مَنْ لا يَحِلُّ نِكَاحُهُ عَلَى التَّأْبِيد وَاجِبَةٌ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أَوْ كَانَتْ امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً أَوْ كَانَ ذَكَرًا فَقِيرًا. زَمِنًا أَوْ أَعْمَى؛ لأَنَّ الصِّلَةَ فِي القَرَابَةِ القَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ البَعِيدَةِ، وَالفَاصِلُ بَيْنَهُمَا كَوْنُهُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ بِدَلِيل قَوْله تَعَالَى ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ فَإِنَّ ذَلكَ لِلإِشَارَةِ إِلى البَعِيدِ فَيَكُونُ إِشَارَةً إِلى أَوَّل الآيَة وَهُوَ قَوْله تَعَالَى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ فَيَدُلُّ عَلى أَنَّ عَلى الوَارِث النَّفَقَة، وَتَقْيِيدُهُ بِذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ بِقِرَاءَة ابْنِ مَسْعُود: وَعَلى الوَارِث ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِثْلُ ذَلكَ، وَلا شَكَّ أَنَّ قِرَاءَتَهُ كَانَتْ مَسْمُوعَةً مِنْ النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ لا بُدَّ مِنْ الحَاجَة لاسْتِحْقَاقِهَا لِذَلكَ، وَالصِّفَاتُ المَذْكُورَةُ وَهِيَ الصِّغَرُ وَالأُنُوثَةُ وَالزَّمَانَةُ وَالعَمَى أَمَارَةُ الحَاجَة لِتَحَقُّقِ العَجْزِ فَإِنَّ القَادِرَ عَلى الكَسْب غَنِيٌّ.

فَإِنْ قِيل: مَا بَالُ الأَبَوَيْنِ لَمْ يُعَدَّا غَنِيَّيْنِ بِقُدْرَتِهِمَا عَلى الكَسْب؟ أَجَابَ بِقَوْله بِخِلاف الأَبَوَيْنِ إلخ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيِّ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (يَجِبُ ذَلكَ) يَعْنِي النَّفَقَةَ (عَلى قَدْرِ المِيرَاث وَيُجْبَرُ عَلَيْه) أَيْ عَلى الإِنْفَاق. أَمَّا التَّقْدِيرُ فَلأَنَّ اللهَ تَعَالى نَصَّ عَلى الوَارِث بِقَوْله تَعَالى ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ

ذَٰلِكَ﴾ تَنبيهًا عَلى اعْتبَارِ المِقْدَارِ لأَنَّهُ رَتَّبَ الحُكْمَ عَلى المُشْتَقِّ فَيكُونُ المُشْتَقُّ مِنْهُ هُوَ العلةَ فَيَثْبُتُ الحُكْمُ بِقَدْرِ عِلتِهِ، وَعَلى هَذَا لوْ أَوْصَى لوَرَثَةِ فُلانٍ وَلهُ بَنُونَ وَبَنَاتٌ كَانَتْ الوَصِيَّةُ لهُمْ عَلى قَدْرِ المِيرَاثِ، وَعَلى هَذَا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ زَمِنًا مُعْسِرًا وَلهُ ابْنٌ مُعْسِرٌ صَغِيرٌ أَوْ كَبِيرٌ زَمِنٌ وَللرَّجُلِ ثَلاثَةُ إِخْوَةٍ مُتَفَرِّقُونَ مُوسِرُونَ فَنَفقَةُ الرَّجُلِ عَلى أَخِيهِ لأَبٍ وَأُمٍّ وَعَلى أَخِيهِ لأُمٍّ أَسْدَاسًا بِحَسَبِ مِيرَاثِهِمَا، فَأَمَّا نَفَقَةُ الوَلدِ فَعَلى الأَخِ لأَبٍ وَأُمٍّ خَاصَّةً لأَنَّ مِيرَاثَ الوَلدِ لهُ عِنْدَ عَدَمِ الأَبِ خَاصَّةً فَإِنَّهُ عَمٌّ لأَبٍ وَأُمٍّ، وَلا يَرِثُ مَعَهُ العَمُّ لأَبٍ وَلا العَمُّ لأُمٍّ.

وَالحَاصِلُ أَنَّ مَنْ يَكُونُ مُحْتَاجًا يُجْعَلُ مَعْدُومًا وَتَكُونُ النَّفَقَةُ بَعْدَهُ عَلى مَنْ يَكُونُ وَارِثًا بِحَسَبِ المِيرَاثِ، فَإِنْ كَانَ الوَلدُ ابْنَةً كَانَ نَفَقَةُ الأَبِ وَالابْنَةِ عَلى الأَخِ مِنْ الأَبِ وَالأُمِّ خَاصَّةً، أَمَّا نَفَقَةُ الابْنَةِ فَلمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا نَفَقَةُ الأَبِ فَلأَنَّ الوَارِثَ هَاهُنَا الأَخُ لأَبٍ وَأُمٍّ خَاصَّةً لأَنَّ الأَخَ لأَبٍ وَأُمٍّ يَرِثُ مَعَ الابْنَةِ وَالأَخَ لأُمٍّ لا يَرِثُ مَعَهَا فَلا حَاجَةَ أَنْ يَجْعَلَ البِنْتَ كَالمَعْدُومَةِ، وَلكِنْ تُعْتَبَرُ صِفَةُ الوِرَاثَةِ مَعَ بَقَائِهَا، بِخِلافِ الابْنِ فَإِنَّهُ لا يَرِثُ مَعَهُ أَحَدٌ مِنْ الإِخْوَةِ فَلا بُدَّ مِنْ أَنْ يُجْعَلَ كَالمَعْدُومِ؛ فَإِذَا جُعِلَ كَذَلِكَ فَمِيرَاثُ الأَبِ يَكُونُ بَيْنَ الأَخِ لأَبٍ وَأُمٍّ وَالأَخِ لأُمٍّ أَسْدَاسًا فَالنَّفَقَةُ عَليْهِمَا بِحَسَبِ ذَلِكَ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ المِيرَاثُ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَلمْ يَتَجَاوَزْ إِلى غَيْرِهِمْ، وَأَمَّا إِذَا تَجَاوَزَ عَنْهُمْ إِلى غَيْرِهِمْ كَمَا إِذَا كَانَ للصَّغِيرِ الفَقِيرِ خَالٌ مُوسِرٌ وَابْنُ عَمٍّ مُوسِرٌ فَالنَّفَقَةُ عَلى ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ الذِي لمْ يَرِثْ لا عَلى غَيْرِ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ الذِي هُوَ وَارِثٌ فَيَكُونُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عَلى الخَالِ دُونَ ابْنِ العَمِّ الذِي يُحْرِزُ المِيرَاثَ لأَنَّ النَّفَقَةَ عَلى ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ وَابْنُ العَمِّ ليْسَ كَذَلِكَ وَالخَالُ كَذَلِكَ فَيَجِبُ عَليْهِ عَلى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي الكِتَابِ. فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ النَّفَقَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلى المِيرَاثِ بِالنَّصِّ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ تَجِبَ النَّفَقَةُ عَلى ابْنِ العَمِّ لِكَوْنِهِ وَارِثًا وَلا تَجِبُ عَلى الخَالِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ وَارِثٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ نَفَقَةَ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ وَاجِبَةٌ تَحْقِيقًا للصِّلةِ، وَتَحْقِيقُ صِلةِ قَرَابَةِ ابْنِ العَمِّ ليْسَ بِوَاجِبٍ بِدَليلِ جَوَازِ المُنَاكَحَةِ فِي حَقِّهِ، بِخِلافِ الخَالِ فَإِنَّ صِلتَهُ وَاجِبَةٌ وَالنَّفَقَةُ مِنْهَا فَتَجِبُ عَليْهِ.

قَالَ (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الابْنَةِ البَالِغَةِ وَالابْنِ الزَّمِنِ عَلى أَبَوَيْهِ أَثْلاثًا عَلى الأَبِ الثُّلُثَانِ وَعَلى الأُمِّ الثُّلُثُ) لأَنَّ المِيرَاثَ لهُمَا عَلى هَذَا المِقْدَارِ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هَذَا الذِي ذَكَرَهُ

روايةُ الخصَّافِ والحسَنِ، وفي ظاهرِ الرِّوايةِ كلُّ النَّفقةِ على الأبِ لقولهِ تعالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ وصارَ كالولدِ الصَّغيرِ. ووجهُ الفرقِ على الرِّوايةِ الأُولى أنَّهُ اجتمعَت للأبِ في الصَّغيرِ ولايةٌ ومئونةٌ حتَّى وجبَت عليه صدقةُ فِطرِهِ فاختصَّ بنفقتِهِ، ولا كذلكَ الكبيرُ لانعدامِ الولايةِ فيه فتُشاركُهُ الأمُّ، وفي غيرِ الوالدِ يُعتبَرُ قدرُ الميراثِ حتَّى تكونَ نفقةُ الصَّغيرِ على الأمِّ والجدِّ أثلاثًا، ونفقةُ الأخِ المُعسرِ على الأخواتِ المُتفرِّقاتِ المُوسراتِ أخماسًا على قدرِ الميراثِ، غيرَ أنَّ المُعتبَرَ أهليَّةُ الإرثِ في الجُملةِ لا إحرازُهُ، فإنَّ المُعسرَ إذا كانَ لهُ خالٌ وابنُ عمٍّ تكونُ نفقتُهُ على خالهِ وميراثُهُ يُحرِزُهُ ابنُ عمِّهِ (ولا تجبُ نفقتُهُم معَ اختلافِ الدِّينِ لبُطلانِ أهليَّةِ الإرثِ ولا بُدَّ من اعتبارِهِ ولا تجبُ على الفقيرِ) لأنَّها تجبُ صلةً وهوَ يستحقُّها على غيرِهِ فكيفَ تستحقُّ عليهِ بخلافِ نفقةِ الزَّوجةِ وولدِهِ الصَّغيرِ لأنَّهُ التزمَها بالإقدامِ على العقدِ، إذ المصالحُ لا تنتظمُ دُونَها، ولا يعملُ في مثلِها الإعسارُ. ثُمَّ اليسارُ مُقدَّرٌ بالنِّصابِ فيما رُويَ عن أبي يُوسُفَ. وعن مُحمَّدٍ أنَّهُ قدَّرَهُ بما يفضُلُ على نفقةِ نفسِهِ وعيالِهِ شهرًا أو بما يفضُلُ على ذلكَ من كسبِهِ الدَّائمِ كُل يومٍ لأنَّ المُعتبَرَ في حُقُوقِ العبادِ وإنَّما هُوَ القُدرةُ دُونَ النِّصابِ فإنَّهُ للتَّيسيرِ والفتوى على الأوَّلِ، لكنَّ النِّصابَ نِصابُ حرمانِ الصَّدقةِ.

الشرح:

قَالَ: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الابْنَةِ البَالِغَةِ وَالابْنِ الزَّمِنِ) كَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الفَرْقِ) يَعْنِي بَيْنَ نَفَقَةِ الوَلَدِ الصَّغِيرِ حَيْثُ وَجَبَتْ بِجُمْلَتِهَا عَلَى الأَبِ خَاصَّةً وَبَيْنَ نَفَقَةِ الوَلَدِ الكَبِيرِ الزَّمِنِ حَيْثُ وَجَبَ ثُلُثَاهَا عَلَى الأَبِ وَالثُّلُثُ عَلَى الأُمِّ كَمَا فِي الإِرْثِ أَنَّهُ اجْتَمَعَتْ لِلأَبِ فِي الصَّغِيرِ وِلايَةٌ وَمئُونَةٌ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ صَدَقَةُ فِطْرِهِ وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ نَفْسِهِ وَغَيْرُهُ لا يُشَارِكُهُ فِي النَّفَقَةِ عَلَى نَفْسِهِ. فَكَذَا فِي النَّفَقَةِ عَلَى الصَّغِيرِ.

وَأَمَّا الكَبِيرُ فَلَيْسَ لِلأَبِ عَلَيْهِ وِلايَةٌ لِبُلُوغِهِ فَكَانَ كَسَائِرِ المَحَارِمِ نَفَقَتُهُ مُعْتَبَرَةٌ بِمِيرَاثِهِ وَمِيرَاثُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثًا فَكَذَلِكَ نَفَقَتُهُ. وَقَوْلُهُ أَخْمَاسًا عَلَى قَدْرِ المِيرَاثِ يَعْنِي: ثَلاثَةُ الأَخْمَاسِ مِنْ المِيرَاثِ تَكُونُ لِلأُخْتِ لأَبٍ وَأُمٍّ وَالخُمُسُ لِلأُخْتِ لأَبٍ وَالخُمُسُ لِلأُخْتِ لأُمٍّ بِالفَرْضِ وَالرَّدِّ، فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ المُعْتَبَرَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَفِي غَيْرِ الوَالِدِ تُعْتَبَرُ عَلَى قَدْرِ المِيرَاثِ، وَالمُرَادُ بِأَهْلِيَّةِ الإِرْثِ هُوَ

أَنْ لا يَكُونَ مَحْرُومًا. وَفِي كَلامِه لفٌّ وَنَشْرٌ حَيْثُ قَال: إنَّ المُعْتَبَرَ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ لا إحْرَازُهُ، ثُمَّ نَشَرَ بِقَوْلِه فَإنَّ المُعْسِرَ إذَا كَانَ لهُ خَالٌ يَعْنِي وَهُوَ مُوسِرٌ وَابْنُ عَمٍّ كَذَلكَ فَالنَّفَقَةُ عَلَى الخَال وَابْنِ العَمِّ يُحْرِزُ المِيرَاثَ لمَا قَدَّمْنَا أَنَّ الخَال ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ دُونَ ابْنِ العَمِّ. وَهَذَا رَاجِعٌ إلى قَوْله لا إحْرَازُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلافِ الدِّينِ) رَاجِعٌ إلى قَوْلِه المُعْتَبَرُ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ. وَقَوْلُهُ (وَلا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِه) أَيْ اعْتِبَارِ الإِرْثِ بِأَنْ يَكُونَ أَهْلا لا مُحْرِزًا، وَلِهَذَا قُلنَا لا يَجِبُ عَلَى النَّصْرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخِيه المُسْلمِ وَلا عَكْسُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلا تَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِمَا يَفْضُلُ عَلى نَفَقَةِ نَفْسِه وَعِيَاله شَهْرًا) قِيل: هَذَا إذَا كَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مُسْتَغَلاته (أَوْ بِمَا يَفْضُلُ عَلى ذَلكَ مِنْ كَسْبِه الدَّائِمِ) إذَا كَانَ مُعْتَملا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِ يَدِه. وَقَوْلُهُ (وَالفَتْوَى عَلَى الأَوَّل) يَعْنِي أَنَّ اليَسَارَ مُقَدَّرٌ بِالنِّصَابِ، لكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ وَهُوَ مِائَتَا دِرْهَمٍ إذَا كَانَ فَاضِلا عَنْ حَوَائِجِه الأَصْلِيَّةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّ النَّفَقَةَ أَشْبَهُ بِصَدَقَةِ الفِطْرِ لكَوْنِهَا مَئُونَةً مِنْ وَجْهٍ، صَدَقَةً مِنْ وَجْهٍ، وَالنَّفَقَةُ مَئُونَةٌ مِنْ كُل وَجْهٍ، فَلمَّا لمْ يُشْتَرَطْ لوُجُوبِ صَدَقَةِ الفِطْرِ الغِنَى المُوجِبُ للزَّكَاةِ فَلأَنْ لا يُشْتَرَطَ هَاهُنَا وَهِيَ مَئُونَةٌ مِنْ كُل وَجْهٍ أَوْلى. وَنَقَل فِي خُلاصَةِ الفَتَاوَى عَنْ الأَجْنَاسِ قَال فِي نَوَادِرِ أَبِي يُوسُفَ: يُشْتَرَطُ نِصَابُ الزَّكَاةِ. ثُمَّ قَال فِي الخُلاصَةِ: هَكَذَا قَال الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي الفَتَاوَى الصُّغْرَى إنْ انْتَقَصَ مِنْهُ دِرْهَمٌ لا يَجِبُ.

(وَإِذَا كَانَ للابنِ الغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيهِ) وَقَد بَيَّنَّا الوَجهَ فِيهِ (وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى عَلَيهِ، وَهَذَا استِحسَانٌ (وَإِن بَاعَ العَقَارَ لم يَجُز) وَفِي قَولِهِمَا لا يَجُوزُ ذَلكَ كُلُّهُ وَهُوَ القِيَاسُ، لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لهُ لانقِطَاعِهَا بِالبُلُوغِ، وَلِهَذَا لا يَملكُ فِي حَال حَضرَتِهِ وَلا يَملكُ البَيعَ فِي دَينٍ لهُ سِوَى النَّفَقَةِ، وَكَذَا لا تَملكُ الأُمُّ فِي النَّفَقَةِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ للأَبِ وِلايَةَ الحِفظِ فِي مَال الغَائِبِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ للوَصِيِّ ذَلكَ فَالأَبُ أَولى لوُفُورِ شَفَقَتِهِ، وَبَيعُ المَنقُول مِن بَابِ الحِفظِ وَلا كَذَلكَ العَقَارُ لأَنَّهَا مُحصَنَةٌ بِنَفسِهَا، وَبِخِلافِ غَيرِ الأَبِ مِن الأَقَارِبِ لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لهُم أَصلا فِي التَّصَرُّفِ حَالةَ الصِّغَرِ وَلا فِي الحِفظِ بَعدَ الكِبَرِ.

إِذَا جَازَ بَيعُ الأَبِ فَالثَّمَنُ مِن جِنسِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ فَلهُ الاستِيفَاءُ مِنهُ، كَمَا لو

بَاعَ العَقَارَ وَالمَنقُول عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ لكَمَال الوِلايَة، ثُمَّ لهُ أن يَأخُذَ مِنهُ بِنَفَقَتِهِ لأنَّهُ من جِنسِ حَقِّهِ (وَإن كَانَ للابنِ الغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيهِ وَأَنفقَا مِنهُ لم يَضمَنَا) لأنَّهُمَا استَوفَيَا حَقَّهُمَا لأنَّ نَفَقَتَهُمَا وَاجِبَةٌ قَبل القَضَاءِ عَلَى مَا مَرَّ وَقَد أَخَذَا جِنسَ الحَقِّ (وَإن كَانَ لهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجنَبِيٍّ فَأَنفقَ عَليهِمَا بِغَيرِ إذنِ القَاضِي ضَمِنَ) لأنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَال الغَيرِ بِغَيرِ وِلايَةٍ لأنَّهُ نَائِبٌ فِي الحِفظِ لا غَيرُ، بِخِلافِ مَا إذَا أَمَرَهُ القَاضِي لأنَّ أَمرَهُ مُلزِمٌ لعُمُومِ وِلايَتِهِ. وَإذَا ضَمِنَ لا يَرجِعُ عَلَى القَابِضِ لأنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِهِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَ للابْنِ الغَائِب مَالٌ قَضَى فِيه بنَفَقَة أَبَوَيْه) وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فيه) يُرِيدُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْله: وَلا يَقْضِي بِنفَقَة فِي مَال غَائِبٍ إلا لهَؤُلاءِ، إلى قَوْله: وَلهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إعَانَةً لَهُمْ.

وَقَوْلُهُ (وَإذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لا تَمْلكُ الأُمُّ فِي النَّفَقَة) مُخَالفٌ لمَا ذُكرَ فِي الأَقْضيَة وَمَا ذَكَرَهُ القُدُوريُّ مِنْ جَوَاز البَيْعِ للأَبَوَيْنِ فَإمَّا أَنْ يَكُونَ فِي المَسْأَلة روَايَتَان فِي روَايَة الأَقْضيَة وَالقُدُوريِّ تَمْلكُ الأُمُّ البَيْعَ كَالأَب لأَنَّ مَعْنَى الولادَة يَجْمَعُهُمَا وَهُمَا فِي اسْتحْقَاق النَّفَقَة عَلَى السَّوَاء، وَإمَّا أَنْ يَكُونَ مَا فِي الأَقْضيَة وَالقُدُوريِّ مُؤَوَّلا بأَنَّ الأَبَ هُوَ الذي يَبيعُ لكنْ لمَنْفَعَتهمَا، فَأَضَافَ البَيْعَ إلَيْهمَا منْ حَيْثُ إنَّ مَنْفَعَةَ البَيْع تَعُودُ إلَيْهمَا وَهُوَ الظَّاهرُ.

وَقَوْلُهُ (إنَّ للأَب ولايَةَ الحفْظ فِي مَال الغَائب) اُعْتُرضَ عَلَيْه بأَنَّهُ كَذَلكَ، لكنْ الفَرْضُ أَنَّهُ يَبيعُهُ لنَفَقَته، وَإنَّمَا يَصحُّ بَيْعُهُ أَنْ لوْ كَانَ قَصْدُهُ البَيْعَ للحفْظ. وَأُجيبَ بأَنَّهُ لمَّا جَازَ بَيْعُهُ للحفْظ حَقيقَةً فَبقَصْده الإنْفَاقَ لا تَتَغَيَّرُ تلكَ الحَقيقَةُ، إذْ لا تَأْثيرَ للعَزِيمَة فِي تَغْييرِ الحَقيقَة. لا يُقَالُ: عَارَضَ جهَةَ الحفْظ جهَةَ الإتْلاف بالاتِّفَاق. لأَنَّا نَقُولُ: الإتْلافُ بَعْدَ وُجُوب النَّفَقَة وَفِي الحَال لَمْ تَجبْ فَلا تَعَارُضَ.

وَقَوْلُهُ عَلَى مَا مَرَّ إشَارَةٌ إلى مَا قَال وَلهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إعَانَةً لَهُمْ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَلكَهُ بالضَّمَان) يَعْني أَنَّ الأَجْنَبيَّ مَلكَ المَدْفُوعَ بالضَّمَان فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بمَال نَفْسه. وَقَوْلُهُ بخلاف نَفَقَة الزَّوْجَة إذَا قَضَى بهَا القَاضي:

يَعْنِي أَنَّهَا لا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ المُدَّة لأَنَّهَا تَجبُ مُقَابَلَةُ الاحْتِبَاسِ لا بِطَرِيقِ الحَاجَة وَلهَذَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلا تَسْقُطُ لِحُصُول الاسْتِغْنَاء فِيمَا مَضَى.

(وَإِذَا قَضَى القَاضِي للوَلدِ وَالوَالدَينِ وَذَوِي الأَرحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَت مُدَّةٌ سَقَطَت) لأَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلاءِ تَجِبُ كِفَايَةً للحَاجَةِ حَتَّى لا تَجِبُ مَعَ اليَسَارِ وَقَد حَصَلَت بِمُضِيِّ المُدَّةِ، بِخِلافِ نَفَقَةِ الزَّوجَةِ إِذَا قَضَى بِهَا القَاضِي لأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلا تَسقُطُ بِحُصُول الاستِغنَاء فِيمَا مَضَى. قَال (إِلا أَن يَأذَنَ القَاضِي بِالاستِدَانَةِ عَلَيه) لأَنَّ القَاضِيَ لَهُ وِلايَةٌ عَامَّةٌ فَصَارَ إِذنُهُ كَأَمرِ الغَائِبِ فَيَصِيرُ دَينًا فِي ذِمَّتِهِ فَلا تَسقُطُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (إِلا أَنْ يَأْذَنَ القَاضِي بِالاسْتِدَانَة عَلَيْه) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ، وَمَعْنَاهُ إِذَا أَذِنَ القَاضِي بِالاسْتِدَانَة عَلَيْه لا تَسْقُطُ نَفَقَتُهُمْ أَيْضًا كَنَفَقَة الزَّوْجَة وَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ لأَنَّ القَاضِيَ لهُ وِلايَةٌ عَامَّةٌ فَصَارَ إِذْنُهُ بِالاسْتِدَانَة كَأَمْرِ الغَائِب بِهَا، وَلوْ أَمَرَ الغَائِبَ بِالاسْتِدَانَة صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّته لا يَسْقُطُ بِمُضِيِّ المُدَّة، فَكَذَا إِذَا أَذِنَ القَاضِي بِذَلكَ. وَإِذَا تَذَكَّرْت أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَة جَزَاءُ الاحْتِبَاسِ وَنَفَقَةَ الأَقَارِب للكفَايَة ظَهَرَ لك وَجْهُ مَا قَال فِي الذَّخيرَة إِنَّ القَاضِيَ إِذَا فَرَضَ للزَّوْجَة فِي الشَّهْرِ مائَةً فَمَضَتْ المُدَّةُ وَفِي يَدهَا منْهُ شَيْءٌ لمْ يَحْتَسِبْ للشَّهْرِ الثَّانِي. وَلوْ كَانَ ذَلكَ فِي نَفَقَة الأَقَارِب حُوسِبَ بِه، وَإِنَّ القَاضِيَ إِذَا فَرَضَ للزَّوْجَة كِسْوَةً لمُدَّة مُعَيَّنَة فَسَرَقَتْ ليْسَ عَليْه أَنْ يَكْسُوَهَا حَتَّى تَفْرُغَ المُدَّةُ، وَلوْ كَانَ ذَلكَ فِي الأَقَارِب وَجَبَ عَليْه أَنْ يَكْسُوَهُمْ.

فصل

(وَعَلى المَولى أَن يُنفِقَ عَلى عَبدِهِ وَأَمَتِهِ) لِقَولِهِ ﷺ فِي المَمَاليكِ «إِنَّهُم إِخوَانُكُم جَعَلَهُم اللهُ تَعَالى تَحتَ أَيدِيكُم، أَطعِمُوهُم مِمَّا تَأكُلُونَ وَأَلبِسُوهُم مِمَّا تَلبَسُونَ، وَلا تُعَذِّبُوا عِبَادَ اللهِ»[1] (فَإِن امتَنَعَ وَكَانَ لهُمَا كَسبٌ اكتَسَبَا وَأَنفَقَا) لأَنَّ فِيهِ نَظَرًا

---

(١) أخرجه البخاري في العتق باب ١٢، ومسلم في الأيمان والنذور (٣٨)، وانظر نصب الراية (٣/٤٠٩).

للجانِبَينِ حتَّى يَبقَى المَملُوكُ حيًّا ويَبقَى فِيهِ مِلكُ المَالكِ (وَإن لم يكُن لهُمَا كَسبٌ) بأَن كَانَ عَبدًا زَمِنًا أَو جَارِيَةً لا يُؤَاجَرُ مِثلُهَا (أجبِرَ المَولى عَلى بَيعِهِمَا) لأنَّهُمَا مِن أَهل الاستِحقَاقِ وَفِي البَيعِ إيفَاءُ حَقِّهِمَا وَإبقَاءُ حَقِّ المَولى بالخُلفِ، بخِلافِ نَفَقَةِ الزَّوجَةِ لأنَّهَا تَصِيرُ دَينًا فَكَانَ تَأخِيرًا عَلى مَا ذَكَرنَا، وَنَفَقَةُ المَملُوكِ لا تَصِيرُ دَينًا فَكَانَ إبطَالا، وَبِخِلافِ سَائِرِ الحَيَوَانَاتِ لأنَّهَا لَيسَت مِن أَهل الاستِحقَاقِ فَلا يُجبَرُ عَلى نَفَقَتِهَا، إلا أنَّهُ يُؤمَرُ بِهِ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللهِ تَعَالى لأنَّهُ ﷺ «نَهَى عَن تَعذِيبِ الحَيَوَانِ» وَفِيهِ ذَلكَ، وَنَهَى عَن إضَاعَةِ المَال وَفِيهِ إضَاعَتُهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُجبَرُ، وَالأَصَحُّ مَا قُلنَا، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(**فَصْلٌ**): جَمَعَ فِي هَذَا الفَصْل بَيْنَ نَفَقَة الرَّقِيق وَغَيْرِه مِنْ الحَيَوَانَات وَأَخَّرَهُ عَنْ الجَمِيعِ وَهُوَ فِي مَحَزِّه ظَاهِرُ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا أَنَّ الإِنْسَانَ لا يُجْبَرُ عَلى الإِنْفَاقِ عَلى مِلكِهِ سِوَى الرَّقِيقِ، وَأَمَّا فِي الدَّوَابِّ فَيُفْتَى فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالى بالإِنْفَاق عَلَيْهَا، وَفِي غَيْرِ الدَّوَابِّ كَالدُّورِ وَالعَقَارِ فَإنَّهُ لا يُفْتَى به، أَيْضًا إلا أَنَّهُ إذَا كَانَ فِيه تَضْيِيعُ المَال كَانَ تَرْكُ الإِنْفَاقِ مَكْرُوهًا، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ، وَفَرَّقَ بَيْنَ نَفَقَة الزَّوْجِ وَالمَمْلُوك فِي أَنَّ المَوْلى إذَا امْتَنَعَ عَنْ الإِنْفَاقِ وَهُوَ مِمَّنْ لا كَسْبَ لهُ أُجْبِرَ عَلى بَيْعِ المَمْلُوك، وَالزَّوْجُ إذَا عَجَزَ عَنْ الإِنْفَاقِ عَلى الزَّوْجَة لا يُجْبَرُ عَلى الطَّلاقِ بأَنَّ فِي الإِجْبَارِ عَلى البَيْعِ زَوَال مِلكِ المَوْلى إلى خَلفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ، وَفِي عَدَمِه فَوَاتُ حَقِّ المَمْلُوك فِي النَّفَقَة لا إلى خَلفٍ لأَنَّ نَفَقَةَ المَمْلُوك لا تَصِيرُ دَيْنًا عَلى المَوْلى بِحَالٍ مِنْ الأَحْوَال، وَأَمَّا فِي النِّكَاحِ فَفِي الإِجْبَارِ عَلى التَّفْرِيقِ فَوَاتُ مِلكِ الزَّوْجِ بلا خَلفٍ، وَفِي عَدَمِه فَوَاتُ حَقِّ المَرْأَة فِي الحَال إلى خَلفٍ لصَيْرُورَة نَفَقَتِهَا بقَضَاءِ القَاضِي دَيْنًا عَلى الزَّوْجِ فَكَانَ تَأْخِيرًا.

وَقَوْلُهُ عَلى مَا ذَكَرْنَا إشَارَةٌ إلى قَوْله بخِلاف نَفَقَة الزَّوْجَة إذَا قَضَى بِهَا القَاضِي لأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلا تَسْقُطُ فَكَانَ الضَّرَرُ اللاحِقُ بالزَّوْجِ أَشَدَّ وَكَانَ بالدَّفْعِ أَوْلى (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُجْبَرُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَقَاسَاهُ عَلى الرَّقِيقِ، وَالأَصَحُّ مَا قُلنَا:

يَعْنِي مِنْ عَدَمِ الجَبْرِ لأَنَّ إجْبَارَ القَاضِي المَوْلى عَلى مَمْلُوكِهِ نَوْعُ قَضَاءٍ وَالقَضَاءُ لا بُدَّ لهُ مِنْ مَقْضِيٍّ لهُ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ وَهَذَا يُوجَدُ فِي الرَّقِيقِ لِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَسْتَحِقَّ حَقًّا عَلى المَوْلى وَعَلى غَيْرِهِ فِي الجُمْلَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ بِالكِتَابَةِ يَسْتَحِقُّ حُقُوقًا عَلى المَوْلى وَإِنْ كَانَ مَمْلُوكًا، فَأَمَّا غَيْرُ الرَّقِيقِ فَلا يَسْتَحِقُّ عَلى المَوْلى حَقًّا فَلا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَقْضِيًّا لهُ فَانْعَدَمَ شَرْطُ القَضَاءِ فَيَنْعَدِمُ القَضَاءُ. وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ.

كتاب العتاق

الإِعتَاقُ تَصَرُّفٌ مَندُوبٌ إليهِ، قَال ﷺ «أَيُّما مُسلمٍ أَعتَقَ مُؤمِنًا أَعتَقَ اللهُ تَعَالى بِكُل عُضوٍ مِنهُ عُضوًا مِنهُ مِن النَّارِ»[1] ولهَذَا استَحبُّوا أَن يُعتِقَ الرَّجُلُ العَبدَ وَالمَرأَةُ الأَمَة لِيَتَحقَّقَ مُقَابَلَةُ الأَعضَاءِ بِالأَعضَاءِ. قَال (العِتقُ يَصِحُّ مِن الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ فِي مِلكِهِ) شَرطُ الحُرِّيَّةِ لأَنَّ العِتقَ لا يَصِحُّ إلا فِي المِلكِ وَلا مِلكَ للمَملُوكِ وَالبُلُوغِ لأَنَّ الصَّبِيَّ لَيسَ مِن أَهلهِ لكَونِهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا، ولهَذَا لا يَملكُهُ الوَليُّ عَليهِ، وَالعَقل لأَنَّ المَجنُونَ لَيسَ بِأَهلٍ للتَّصَرُّفِ وَلهَذَا لو قَال البَالغُ: أَعتَقت وَأَنَا صَبِيٌّ فَالقَولُ قَولُهُ، وَكَذَا إذَا قَال المُعتِقُ أَعتَقت وَأَنَا مَجنُونٌ وَجُنُونُهُ كَانَ ظَاهِرًا لوُجُودِ الإِسنَادِ إلى حَالةٍ مُنَافِيَةٍ، وَكَذَا لو قَال الصَّبِيُّ كُلُّ مَملُوكٍ أَملكُهُ فَهُوَ حُرٌّ إذَا احتَلَمت لا يَصِحُّ لأَنَّهُ لَيسَ بِأَهلٍ لقَولٍ مُلزِمٍ، وَلا بُدَّ أَن يَكُونَ العَبدُ فِي مِلكِهِ حَتَّى لو أَعتَقَ عَبدَ غَيرِهِ لا يَنفُذُ عِتقُهُ لقَولهِ ﷺ «لا عِتقَ فِيمَا لا يَملكُهُ ابنُ آدَمَ»[2].

الشرح:

(**كِتَابُ العَتَاقِ**): ذَكَرَ العَتَاقَ بَعْدَ الطَّلَاقِ لِمُنَاسَبَتِهِ لهُ فِي أَنَّهُ إسْقَاطٌ بُنِيَ عَلَى السِّرَايَةِ وَاللُّزُومِ كَالطَّلَاقِ حَتَّى صَحَّ التَّعْلِيقُ وَصَارَ إعْتَاقُ البَعْضِ كَإِعْتَاقِ الكُلِ إمَّا إفْسَادًا فِي المِلكِ أَوْ تَحْقِيقًا للعِتْقِ وَلَمْ يَقْبَلِ الفَسْخَ بَعْدَ الثُّبُوتِ كَالطَّلَاقِ. وَمِنْ مَحَاسِنِهِ، أَنَّهُ إحْيَاءٌ حُكْمِيٌّ يُخرِجُ العَبْدَ عَنْ كَوْنِهِ مُلحقًا بِالجَمَادَاتِ إلى كَوْنِهِ أَهْلا للكَرَامَاتِ البَشَرِيَّةِ مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالوِلايَةِ. وَتَفْسِيرُهُ فِي اللُّغَةِ القُوَّةُ، يُقَالُ: عَتَقَ الفَرْخُ إذَا قَوِيَ وَطَارَ عَنْ وَكْرِهِ.

وَفِي الشَّرِيعَةِ: قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ يَصِيرُ المَرْءُ بِهَا أَهْلا للشَّهَادَةِ وَالوِلايَةِ وَالقَضَاءِ.

وَأَسْبَابُهُ كَثِيرَةٌ: مِنْهَا الإِعْتَاقُ، وَمِنْهَا دَعْوَى النَّسَبِ، وَمِنْهَا الاسْتِيلادُ، وَمِنْهَا مِلكُ القَرِيبِ، وَمِنْهَا زَوَالُ يَدِ الكَافِرِ عَنْهُ كَمَا إذَا **اشْتَرَى الحَرْبِيُّ فِي دَارِنَا عَبْدًا مُسْلمًا فَدَخَل بِهِ فِي دَارِ الحَرْبِ** فَإِنَّهُ يَعْتِقُ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَمِنْهَا الإِقْرَارُ بِحُرِّيَّةِ

---

(١) أخرجه البخاري في العتق باب ١، ومسلم في العتق (٢٣، ٢٤)، وانظر نصب الراية (٣/٤١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧)، وأحمد (٢/١٩٠)، وانظر نصب الراية (٣/٤١١).

العَبْدِ إِذَا اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ. وَشَرْطُهُ **كَوْنُ المُعْتِقِ حُرًّا بَالِغًا مَالِكًا مِلكَ اليَمِينِ**. وَرُكْنُهُ مَا ثَبَتَ بِهِ العِتْقُ؛ وَهُوَ نَوْعَانِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ. وَحُكْمُهُ زَوَالُ الرِّقِّ وَالمِلكِ عَنْ المَحَلِ.

وَأَنْوَاعُهُ: المُرْسَلُ وَالمُعَلَقُ وَالمُضَافُ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَكُلٌّ مِنْهَا إِمَّا بِبَدَلٍ أَوْ بِغَيْرِهِ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ سِوَى أَلفَاظٍ نَذْكُرُهَا. (قَوْلُهُ شَرَطَ الحُرِّيَّةَ لأَنَّ العِتْقَ) يَعْنِي الإِعْتَاقَ لأَنَّهُ قَالَ وَالبُلُوغَ لأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ وَالصَّبِيُّ مِنْ أَهْلِ العِتْقِ. أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَرِثَ أَخَاهُ عَتَقَ عَلَيْهِ فَدَل عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ بِالعِتْقِ الإِعْتَاقَ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا مَحْضًا، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا قَوْلُهُ لأَنَّ المَجْنُونَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّصَرُّفِ فَإِنَّ الإِعْتَاقَ تَصَرُّفٌ لا العِتْقُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ البُلُوغِ وَالعَقْلِ شَرْطًا إِذَا قَالَ البَالِغُ أَعْتَقْت وَأَنَا صَبِيٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأَنَّهُ لَمَّا أُسْنِدَ إِلَى حَالَةِ مُنَافِيَةِ الإِعْتَاقَ كَانَ إِنْكَارًا مِنْهُ لِلإِعْتَاقِ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ. وَقَوْلُهُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِقَوْلٍ مُلزِمٍ: يَعْنِي لأَنَّ الصِّبَا يُوجِبُ الحَجْرَ عَنْ الأَقْوَالِ. فَإِنْ قِيل: لا نُسَلِمُ ذَلِكَ بَل هُوَ أَهْلٌ لَهُ، أَلا تَرَى أَنَّ صَبِيًّا لَوْ أَقَرَّ بِالرِّقِّ لَزِمَهُ حَتَّى لَوْ ادَّعَى بَعْدَ البُلُوغِ حُرِّيَّةَ الأَصْلِ لا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ المُلزِمَ ثَمَّةَ هُوَ يَدُ صَاحِبِ اليَدِ وَإِقْرَارُهُ مُؤَكِّدٌ.

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ مُعْتَقٌ أَوْ عَتِيقٌ أَوْ مُحَرَّرٌ أَوْ قَدْ حَرَّرْتُك أَوْ قَدْ أَعْتَقْتُك فَقَدْ عَتَقَ نَوَى بِهِ العِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ) لأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ صَرِيحَةٌ فِيهِ. لأَنَّهَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ شَرْعًا وَعُرْفًا فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنْ النِّيَّةِ وَالوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الإِخْبَارِ فَقَدْ جُعِلَ إِنْشَاءً فِي التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ لِلحَاجَةِ كَمَا فِي الطَّلاقِ وَالبَيْعِ وَغَيْرِهِمَا (وَلَوْ قَالَ عَنَيْت بِهِ الإِخْبَارَ البَاطِلَ أَوْ أَنَّهُ حُرٌّ مِنْ العَمَلِ صُدِّقَ دِيَانَةً) لأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ (وَلا يَدِينُ قَضَاءً) لأَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ يُعْتَقُ) لأَنَّهُ نِدَاءٌ بِمَا هُوَ صَرِيحٌ فِي العِتْقِ وَهُوَ لاسْتِحْضَارِ المُنَادَى بِالوَصْفِ المَذْكُورِ هَذَا هُوَ حَقِيقَتُهُ فَيَقْتَضِي تَحَقُّقَ الوَصْفِ فِيهِ وَأَنَّهُ يَثْبُتُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ تَصْدِيقًا لَهُ فِيمَا أَخْبَرَ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى إِلا إِذَا سَمَّاهُ حُرًّا ثُمَّ نَادَاهُ يَا حُرُّ لأَنَّ مُرَادَهُ الإِعْلامُ بِاسْمِ عَلَمِهِ وَهُوَ مَا لَقَّبَهُ بِهِ. وَلَوْ نَادَاهُ بِالفَارِسِيَّةِ يَا آزَادَ وَقَدْ لَقَّبَهُ بِالحُرِّ قَالُوا يُعْتَقُ، وَكَذَا عَكْسُهُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِنِدَاءٍ بِاسْمِ عَلَمِهِ فَيُعْتَبَرُ إِخْبَارًا عَنْ الوَصْفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا قَال لِعَبْدِه أَوْ أَمَته أَنْتَ حُرٌّ) قَال فِي المَبْسُوط: **الأَلفَاظُ التِي يَحْصُلُ بِهَا العِتْقُ نَوْعَان: صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ.** فَالصَّرِيحُ لفْظُ العِتْقِ وَالحُرِّيَّة وَالوَلاء سَوَاءٌ ذَكَرَ هَذه الأَلفَاظَ بِصِيغَة الخَبَر أَوْ الوَصْف أَوْ النِّدَاء، أَمَّا صِيغَةُ الخَبَر فَأَنْ يَقُول قَدْ أَعْتَقْتُك أَوْ حَرَّرْتُك، وَأَمَّا صِيغَةُ الوَصْف فَأَنْ يَقُول أَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ عَتِيقٌ، وَأَمَّا المُنَادَى فَأَنْ يَقُول يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ، وَكَذَلكَ لوْ قَال لعَبْده هَذَا مَوْلايَ إلخ وَقَوْلُهُ (وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ) أَرَادَ بِه قَوْلهُ فِي مَسْأَلة يَا ابْنِي عَلى مَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (إلا إذَا سَمَّاهُ حُرًّا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله وَلوْ قَال لهُ يَا حُرُّ (قَوْلُهُ وَكَذَا عَكْسُهُ) يَعْنِي بِأَنْ نَادَاهُ بِقَوْله يَا حُرُّ وَكَانَ لقَبُهُ آزَادَ. وَقَوْلُهُ (فَيُعْتَبَرُ إخْبَارًا عَنْ الوَصْف) قِيل فِيه نَظَرٌ، لأَنَّهُ إذَا لمْ يَكُنْ " حُرٌّ " عَلمًا لهُ كَانَ قَوْلُهُ يَا حُرُّ إنْشَاءً للحُرِّيَّة لا إخْبَارًا عَنْ الوَصْف. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إذَا لمْ يَكُنْ عَلمًا كَانَ المُنَادَى فِي الحَقِيقَة ذَاتًا مَوْصُوفَةً بِصِفَة الحُرِّيَّة، وَالوَصْفُ فِي الحَقِيقَة خَبَرٌ عَنْ المَوْصُوف، وَكَانَ النِّدَاءُ إخْبَارًا بِأَنَّ المُنَادَى مَوْصُوفٌ بِهَذه الصِّفَة.

(وَكَذَا لو قَال رَأسُكَ حُرٌّ أَو وَجهُكَ أَو رَقَبَتُكَ أَو بَدَنُكَ أَو قَال لأَمَتِهِ فَرجُك حُرٌّ) لأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ يُعَبَّرُ بِهَا عَن جَمِيعِ البَدَنِ وَقَد مَرَّ فِي الطَّلاقِ، وَإِن أَضَافَهُ إلى جُزءٍ شَائِعٍ يَقَعُ فِي ذَلكَ الجُزءِ، وَسَيَأتِيك الاختِلافُ فِيهِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى. وَإِن أَضَافَهُ إلى جُزءٍ مُعَيَّنٍ لا يُعَبَّرُ بِهِ عَن الجُملةِ كَاليَدِ وَالرِّجل لا يَقَعُ عِندَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَالكَلامُ فِيهِ كَالكَلامِ فِي الطَّلاقِ وَقَد بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَسَيَأْتِيك الاخْتِلافُ فِيه) يُرِيدُ الاخْتِلافَ فِي تَجَزِّي الإِعْتَاقِ عَلى مَا نَذْكُرُهُ، وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي الطَّلاق.

(وَلو قَال لا مِلكَ لي عَليك وَنَوَى بِهِ الحُرِّيَّةَ عَتَقَ وَإِن لم يَنوِ لم يُعتَق) لأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ لا مِلكَ لي عَليك لأَنِّي بِعتُك، وَيُحتَمَلُ لأَنِّي أَعتَقتُك فَلا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا مُرَادًا إلا بِالنِّيَّةِ قَال (وَكَذَا كِنَايَاتُ العِتقِ) وَذَلكَ مِثلُ قَولِه خَرَجتِ مِن مِلكِي وَلا سَبِيل لي عَليكِ وَلا رِقَّ لي عَليكِ وَقَد خَليتُ سَبِيلكِ لأَنَّهُ يَحتَمِلُ نَفيَ السَّبِيل وَالخُرُوجَ عَن المِلكِ وَتَخليَةَ السَّبِيل بِالبَيعِ أَو الكِتَابَةِ كَمَا يَحتَمِلُ بِالعِتقِ فَلا بُدَّ مِن النِّيَّةِ، وَكَذَا قَولُهُ

لأَمَتِهِ قَد أَطلقتُك لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ قَولِهِ خَليتُ سَبِيلك وَهُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ بِخِلافِ قَولِهِ طَلقتُك عَلى مَا نُبَيِّنُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَلو قَال لا سُلطَانَ لي عَليكِ وَنَوَى العِتقَ لم يُعتَق) لأَنَّ السُّلطَانَ عِبَارَةٌ عَن اليَدِ، وَسُمِّيَ السُّلطَانُ بِهِ لقِيَامِ يَدِهِ وَقَد يَبقَى المِلكُ دُونَ اليَدِ كَمَا فِي المُكَاتَبِ، بِخِلافِ قَولِهِ: لا سَبِيل لي عَليك لأَنَّ نَفيَهُ مُطلقًا بِانتِفَاءِ المِلكِ لأَنَّ للمَولى عَلى المُكَاتَبِ سَبِيلا فَلهَذَا يَحتَمِلُ العِتقَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا **قَوْلُهُ لأَمَته قَدْ أَطْلَقْتُك**) يَعْنِي إنْ نَوَى العِتْقَ يَقَعُ لكَوْنه بمَنْزِلة خَلَيْت سَبِيلك لمُنَاسَبَة الإرْسَال تَخْلِيَةَ السَّبِيل، بخلاف قَوْله طَلقْتُك فَإِنَّهَا لا تَعْتِقُ لأَنَّهُ صَارَ صَرِيحًا فِي الطَّلاقِ عَنْ النِّكَاحِ فَلا يَثْبُتُ به العِتْقُ عَلى مَا يَأْتِي بَيَانُهُ وَقَوْلُهُ لأَنَّ السُّلطَانَ عِبَارَةٌ عَنْ اليَد، يُقَالُ لفُلانٍ سَلطَنَةٌ وَيُرَادُ بهَا القُدْرَةُ الثَّابتَةُ منْ حَيْثُ اليَدُ وَالاسْتيلاءُ فَنَفْيُهُ نَفْيٌ لليَد وَكَأَنَّهُ **قَال لا يَدَ لي عَليْك**، وَلوْ قَال ذَلكَ وَنَوَى به العِتْقَ لمْ يَعْتِقْ لجَوَازِ أَنْ تَزُول اليَدُ وَيَبْقَى الملكُ كَمَا فِي المُكَاتَب، بخلاف قَوْله لا سَبيل لي عَليْك لأَنَّ السَّبيل المُضَافَ إلى العَبْد كنَايَةٌ عَنْ الملك لأَنَّهُ طَرِيقٌ إلى نَفَاذ التَّصَرُّف فيه. وَلوْ نَفَى الملكَ بأَنْ قَال لا ملكَ لي عَليْك وَنَوَى العِتْقَ عَتَقَ. فَإِنْ قيل: زَوَالُ اليَد إمَّا أَنْ يَكُونَ مَلزُومًا لزَوَال الملك أَوْ لازمًا لهُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَليَكُنْ مَجَازًا لأَنَّ المَجَازَ ذكْرُ المَلزُوم وَإِرَادَةُ اللازم، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَليَكُنْ كنَايَةً لأَنَّ الكنَايَةَ ذكْرُ اللازمِ وَإِرَادَةُ المَلزُوم. فَالجَوَابُ أَنَّهُ ليْسَ بمَلزُومٍ لزَوَال الملك لانْفكَاكه عَنْهُ كَمَا فِي المُكَاتَب عَلى مَا ذَكَرْنَا، وَلا بلازمٍ لهُ لانْفكَاك زَوَال الملك عَنْهُ فَإِنَّ الملكَ يَزُولُ بالبَيْع قَبْل التَّسْليمِ وَاليَدَ بَاقٍ إلى أَنْ يُسَلمَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ للمَوْلى عَلى المُكَاتَب سَبيلا) يَعْني منْ حَيْثُ المُطَالبَةُ ببَدَل الكتَابَة، حَتَّى إذَا انْتَفَى ذَلكَ بالبَرَاءَة عَنْهُ يَعْتقُ.

(وَلو قَال هَذَا ابنِي وَثَبَتَ عَلى ذَلكَ عَتَقَ) وَمَعنَى المَسأَلةِ إذَا كَانَ يُولدُ مِثلُهُ لمِثلِه، فَإِن كَانَ لا يُولدُ مِثلُهُ لمِثلِهِ ذَكَرَهُ بَعدَ هَذَا؛ ثُمَّ إن لم يَكُن للعَبدِ نَسَبٌ مَعرُوفٌ يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ لأَنَّ وِلايَةَ الدَّعوَةِ بِالمِلكِ ثَابِتَةٌ وَالعَبدُ مُحتَاجٌ إلى النَّسَبِ فَيَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ، وَإِذَا ثَبَتَ عَتَقَ لأَنَّهُ يَستَنِدُ النَّسَبُ إلى وَقتِ العُلُوقِ، وَإِن كَانَ لهُ نَسَبٌ مَعرُوفٌ لا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ للتَّعَذُّرِ وَيُعتَقُ إعمَالا للفظِ فِي مَجَازِهِ عِندَ تَعَذُّرِ إعمَالهِ بِحَقِيقَتِهِ، وَوَجهُ المَجَازِ

نَذكُرُهُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللهُ تَعالى.

(وَلو قَال هَذَا مَولاي أَو يَا مَولاي عَتَقَ).

أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ اسمَ المَولى وَإِن كَانَ يَنتَظِمُ النَّاصِرَ وَابنَ العَمِّ وَالمُوَالاةُ فِي الدِّينِ وَالأعلى وَالأسفَل فِي العَتَاقَةِ إلا أَنَّهُ تَعَيَّنَ الأسفَلُ فَصَارَ كَاسمٍ خَاصٍّ لهُ، وَهَذَا لأَنَّ المَولى لا يَستَنصِرُ بِمَملُوكِهِ عَادَةً وَللعَبدِ نَسَبٌ مَعرُوفٌ فَانتَفَى الأَوَّلُ.

وَالثَّانِي وَالثَّالثُ نَوعُ مَجَازٍ، وَالكَلامُ للحَقِيقَةِ وَالإِضَافَةُ إلى العَبدِ تُنَافِي كَونَهُ مُعتَقًا فَتَعَيَّنَ المَولى الأَسفَلُ فَالتَحَقَ بِالصَّرِيحِ، وَكَذَا إذَا قَال لأَمَتِهِ: هَذِهِ مَولاتِي لِمَا بَيَّنَّا، وَلو قَال: عَنَيت بِهِ المَولى فِي الدِّينِ أَو الكَذِبَ يُصَدَّقُ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللهِ تَعَالى وَلا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ لِمُخَالفَتِهِ الظَّاهِرَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ الأَسفَلُ مُرَادًا التَحَقَ بِالصَّرِيحِ وَبِالنِّدَاءِ بِاللفظِ الصَّرِيحِ يُعتَقُ بِأَن قَال: يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ فَكَذَا النِّدَاءُ بِهَذَا اللفظِ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ لا يُعتَقُ فِي الثَّانِي لأَنَّهُ يَقصِدُ بِهِ الإِكرَامَ بِمَنزِلَةِ قَولهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالكِي. قُلنَا: الكَلامُ لحَقِيقَتِهِ وَقَد أَمكَنَ العَمَلُ بِهِ، بِخِلافِ مَا ذَكَرَهُ لأَنَّهُ ليسَ فِيهِ مَا يَختَصُّ بِالعِتقِ فَكَانَ إكرَامًا مَحضًا.

الشرح:

قَال (وَلَوْ قَال هَذَا ابْنِي) وَمَنْ **قَال لعَبْده الذي يُولدُ مثْلُهُ** لمثْله وَلَيْسَ لهُ نَسَبٌ **مَعْرُوفٌ هَذَا ابْنِي** (وَثَبَتَ عَلى ذَلكَ) ثَبتَ النَّسَبُ فَيُعْتَقُ عَلَيْه. وَمَعْنَى قَوْله ثَبَتَ عَلى ذَلكَ وَلَمْ يَدَّعِ بِهِ الكَرَامَةَ وَالشَّفَقَةَ، كَذَا فِي شَرْحِ القُدُوريِّ لأَبِي الفَضْل، حَتَّى لوْ ادَّعَى ذَلكَ صُدِّقَ. وَقيل الثَّبَاتُ شَرْطُ النَّسَب لكَوْن الرُّجُوعِ عَنْهُ صَحِيحًا دُونَ العِتْق. وَقيل هُوَ شَرْطٌ اتِّفَاقِيٌّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ ولايَةَ الدَّعْوَة بالملك ثَابتَةٌ وَالعَبْدُ مُحْتَاجٌ إلى النَّسَب) لأَنَّهُ ليْسَ لهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ (وَإِذَا ثَبَتَ عَتَقَ لاسْتنَاد النَّسَب إلى وَقْت العُلُوق وَإِنْ كَانَ لهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ تَعذَّرَ ثُبُوتُ النَّسَب لكنَّهُ يَعْتقُ إعْمَالا للفْظ فِي مَجَازِه عنْدَ تَعَذُّرِ الحَقيقَة) وَسَيَجِيءُ بَيَانُ تَجوُّزِ المَجَازِ (وَلوْ قَال هَذَا مَوْلايَ) ظَاهِرٌ.

وَقيل مَا ذَكَرَ المُصَنِّفُ منْ مَعْنَى المَوْلى هُوَ المَشْهُورُ فَاقْتَصرَ عَليْه وَهُوَ يُسْتَعْمَلُ فِي ثَلاثَة وَعشْرِينَ مَعْنًى، ذَكَرَهُ ابْنُ الأَثِير.

أَمَّا مَجيئُهُ بِمَعْنَى النَّاصِرِ فَكَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوۡلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ

وَأَنَّ ٱلۡكَٰفِرِينَ لَا مَوۡلَىٰ لَهُمۡ ﴾ [محمد:١١] وَأَمَّا بمَعْنَى ابْنِ العَمِّ فكَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ وَإِنِّي خِفۡتُ ٱلۡمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِي ﴾ [مريم: ٥] وَقَوْلُهُ (وَالثَّالثُ نَوْعُ مَجَازٍ) يَعْنِي المُوَالاةَ فِي الدِّينِ لأَنَّ المَوْلى مُشْتَقٌّ مِنْ الوَلْيِ وَهُوَ القُرْبُ وَلا قُرْبَ بَيْنَ المَشْرِقِيِّ وَالمَغْرِبِيِّ مِنْ حَيْثُ الحَقِيقَةُ وَلا مِنْ حَيْثُ النَّسَبُ وَلا مِنْ حَيْثُ المَكَانُ فَيُعْتَبَرُ القُرْبُ مِنْ حَيْثُ الدِّينُ وَلِهَذَا جَازَ نَفْيُهُ، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ وَمُصَحَّحُهُ الفَرْضُ وَالتَّقْدِيرُ.

وَقَوْلُهُ (فَالتحقَ بالصَّرِيحِ) يَعْنِي بِدَلالة الحَالِ فِي المَحلِ وَهُوَ كَوْنُهُ عَبْدًا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الثَّانِي) يَعْنِي بِهِ قَوْلهُ يَا مَوْلايَ. وَقَوْلُهُ (بخلاف مَا ذُكِرَ) يَعْنِي قَوْلهُ يَا سَيِّدِي يَا مَالكِي لأَنَّهُ لَيْسَ فِيه مَا يَخْتَصُّ بالعتْقِ، مَعْنَاهُ أَنَّ مَعْنَى قَوْله يَا مَوْلايَ يَا مَنْ عَلَيْه وَلاءُ العَتَاقَة حَيْثُ تَعَيَّنَ الأَسْفَلُ مُرَادًا فَيَثْبُتُ بهَذَا القَوْل مَا يَخْتَصُّ بالعتْقِ وَهُوَ الوَلاءُ وَهُوَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ العتْقِ، بخلاف قَوْله يَا سَيِّدِي يَا مَالكِي فَإِنَّ مَعْنَاهُ يَا مَنْ لهُ السِّيَادَةُ وَالملكُ عَلَيَّ وَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ شَيْءٌ يَخْتَصُّ بالعتْقِ فَيُحْمَلُ عَلى المَجَازِ وَهُوَ الإِكْرَامُ وَالتَّلطُّفُ.

(وَلو قَال يَا ابنِي أَو يَا أَخِي لم يَعتِق) لأَنَّ النِّدَاءَ لإِعلامِ المُنَادَى إلا أَنَّهُ إذ كَانَ بِوَصفٍ يُمكِنُ إثبَاتُهُ من جِهَتِهِ كَانَ لتَحقِيقِ ذَلكَ الوَصفِ فِي المُنَادَى استِحضَارًا لهُ بِالوَصفِ المَخصُوصِ كَمَا فِي قَولِهِ يَا حُرُّ على مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا كَانَ النِّدَاءُ بِوَصفٍ لا يُمكِنُ إثبَاتُهُ مِن جِهَتِهِ كَانَ للإِعلامِ المُجَرَّدِ دُونَ تَحقِيقِ الوَصفِ فِيهِ لتَعَذُّرِهِ وَالبُنُوَّةُ لا يُمكِنُ إثبَاتُهَا حَالَةَ النِّدَاءِ مِن جِهَتِهِ لأَنَّهُ لو انخَلَقَ مِن مَاءِ غَيرِهِ لا يَكُونُ ابنًا لهُ بِهَذَا النِّدَاءِ فَكَانَ لمُجَرَّدِ الإِعلامِ. وَيُروَى عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ شَاذًّا أَنَّهُ يُعتَقُ فِيهِمَا وَالاعتِمَادُ عَلى الظَّاهِرِ. وَلو قَال: يَا ابنُ لا يُعتَقُ لأَنَّ الأَمرَ كَمَا أَخبَرَ فَإِنَّهُ ابنُ أَبِيهِ، وَكَذَا إذَا قَال: يَا بُنَيَّ أَو يَا بُنَيَّةَ لأَنَّهُ تَصغِيرُ الابنِ وَالبِنتِ مِن غَيرِ إضَافَةٍ وَالأَمرُ كَمَا أَخبَرَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ قَال يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ) فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ قَوْله يَا حُرُّ فِي وُقُوعِ العتْقِ بِهِ دُونَهُمَا لأَنَّ النِّدَاءَ إذَا كَانَ بوَصْفٍ يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ مِنْ جِهَته كَانَ النِّدَاءُ لتَحَقُّقِ ذَلكَ الوَصْفِ فِي المُنَادَى اسْتِحْضَارًا لهُ بالوَصْفِ المَخْصُوصِ كَمَا هُوَ فِي قَوْله يَا حُرُّ فَإِنَّهُ قَادرٌ عَلى إثْبَاتِ صِفَةِ الحُرِّيَّة فِيه مِنْ جِهَته فِي الحَال (عَلى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي

قَوْلِهِ لِأَنَّهُ نِدَاءٌ بِمَا هُوَ صَرِيحٌ وَهُوَ لِاسْتِحْضَارِ الْمُنَادَى إلخْ، وَإِذَا كَانَ بِوَصْفٍ لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِلْإِعْلَامِ الْمُجَرَّدِ دُونَ تَحْقِيقِ الْوَصْفِ فِيهِ لِتَعَذُّرِهِ، وَالْبُنُوَّةُ لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهَا حَالَةَ النِّدَاءِ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ لَوْ انْخَلَقَ مِنْ مَاءِ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ ابْنًا لَهُ بِهَذَا النِّدَاءِ فَكَانَ لِمُجَرَّدِ الْإِعْلَامِ، هَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَعْتِقَ فِيهِمَا) أَيْ فِي قَوْلِهِ يَا ابْنِي يَا أَخِي. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْعِتْقَ يَقَعُ بِالنِّدَاءِ بِثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ يَا مَوْلَايَ، وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بِخَمْسَةِ أَلْفَاظٍ بِالثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ وَبِقَوْلِهِ يَا ابْنِي وَيَا أَخِي وَالِاعْتِمَادُ عَلَى الظَّاهِرِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالَ يَا ابْنُ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن قَال لِغُلَامٍ لا يُولدُ مِثلُهُ لِمِثلِهِ هَذَا ابنِي عَتَقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَقَالا: لا يُعتَقُ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لهُم أَنَّهُ كَلامٌ مُحَالُ الحَقِيقَةِ فَيُرَدُّ فَيَلغُو كَقَولِهِ أَعتَقتُك قَبل أَن أُخلقَ أَو قَبل أَن تُخلقَ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ كَلامٌ مُحَالٌ بِحَقِيقَتِهِ لكِنَّهُ صَحِيحٌ بِمَجَازِهِ لأَنَّهُ إخبَارٌ عَن حُرِّيَّتِهِ مِن حِينِ مِلكِهِ، وَهَذَا لأَنَّ البُنُوَّةَ فِي المَملُوكِ سَبَبٌ لحُرِّيَّتِهِ، إمَّا إجمَاعًا أَو صِلةً للقَرَابَةِ، وَإِطلاقُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ المُسَبَّبِ مُستَجَازٌ فِي اللُّغَةِ تَجَوُّزًا، وَلأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُلازِمَةٌ للبُنُوَّةِ فِي المَملُوكِ وَالمُشَابَهَةُ فِي وَصفٍ مُلازِمٍ مِن طُرُقِ المَجَازِ عَلى مَا عُرِفَ فَيُحمَلُ عَليهِ تَحَرُّزًا عَن الإِلغَاءِ، بِخِلافِ مَا استَشهَدَ بِهِ لأَنَّهُ لا وَجهَ لهُ فِي المَجَازِ فَتَعَيَّنَ الإِلغَاءُ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا قَال لغَيرِهِ قَطَعت يَدَك فَأَخرَجَهُمَا صَحِيحَتَينِ حَيثُ لم يُجعَل مَجَازًا عَن الإِقرَارِ بِالمَال وَالتِزَامِهِ وَإِن كَانَ القَطعُ سَبَبًا لوُجُوبِ المَال لأَنَّ القَطعَ خَطَأً سَبَبٌ لوُجُوبِ مَالٍ مَخصُوصٍ وَهُوَ الأَرشُ، وَأَنَّهُ يُخَالِفُ مُطلقَ المَال فِي الوَصفِ حَتَّى وَجَبَ عَلى العَاقِلةِ فِي سَنَتَينِ وَلا يُمكِنُ إثبَاتُهُ بِدُونِ القَطعِ، وَمَا أَمكَنَ إثبَاتُهُ فَالقَطعُ ليسَ بِسَبَبٍ لهُ، أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلا تَختَلفُ ذَاتًا وَحُكمًا فَأَمكَنَ جَعلُهُ مَجَازًا عَنهُ. وَلو قَال: هَذَا أَبِي أَو أُمِّي وَمِثلُهُ لا يُولدُ لِمِثلِهِمَا فَهُوَ عَلى الخِلافِ لمَا بَيَّنَّا، وَلو قَال لصَبِيٍّ صَغِيرٍ: هَذَا جَدِّي قِيل: هُوَ عَلى الخِلافِ. وَقِيل: لا يُعتَقُ بِالإِجمَاعِ لأَنَّ هَذَا الكَلامَ لا مُوجِبَ لهُ فِي المِلكِ إلا بِوَاسِطَةٍ وَهُوَ الأَبُ وَهِيَ غَيرُ ثَابِتَةٍ فِي كَلامِهِ فَتَعَذَّرَ أَن يُجعل مَجَازًا عَن المُوجِبِ. بِخِلافِ الأُبُوَّةِ وَالبُنُوَّةِ لأَنَّ لهُمَا مُوجِبًا فِي المِلكِ مِن غَيرِ وَاسِطَةٍ، وَلو قَال: هَذَا أَخِي لا يُعتَقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يُعتَقُ.

وَوَجهُ الرِّوَايَتَينِ مَا بَيَّنَّاهُ. وَلو قَال لعَبدِهِ هَذَا ابنَتِي فَقَد قِيل عَلَى الخِلافِ، وَقِيل هُوَ بِالإجمَاعِ لأنَّ المُشَارَ إليهِ ليسَ مِن جِنسِ المُسَمَّى فَتَعَلَقَ الحُكمُ بِالمُسَمَّى وَهُوَ مَعدُومٌ فَلا يُعتَبَرُ وَقَد حَقَقنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ قَال لِغُلامٍ لا يُولدُ مِثْلُهُ لِمثْله) إذَا **قَال لعَبْده وَهُوَ أَكْبَرُ سنًّا منْهُ** (**هَذَا ابْني** عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا لا يَعْتقُ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلا (وَهُوَ قَوْلُ الشَّافعيِّ) وَأَصْلُ هَذه المَسْأَلة أَنَّ المَجَازَ خَلفٌ عَنْ الحَقِيقَة فِي الحُكْمِ عِنْدَهُمَا، وَفِي التَّكَلُّمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ فَقَالا: الحُكْمُ هَاهُنَا مُحَالٌ فَلا يُتَصَوَّرُ المَجَازُ، بخلاف الأَصْغَرِ سنًّا فَإِنَّ الحَقِيقَةَ فيه مُتَصَوَّرَةٌ لإِمْكَان أَنْ يَكُونَ العُلُوقُ منْهُ وَاشْتَهَرَ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِه فَصَارَ كَمَا لوْ قَال أَعْتَقْتُك قَبْل أَنْ أُخْلقَ أَوْ تُخْلقَ. وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: تَصَوُّرُ حُكْمِ الحَقِيقَة لَيْسَ بشَرْطٍ، فَإِنَّهُ لوْ **قَال لِحُرَّة اشْتَرَيْتُك بكَذَا** كَانَ نكَاحًا صَحِيحًا، وَالحُرَّةُ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ للبَيْعِ بَل الشَّرْطُ صِحَّةُ التَّكَلُّمِ. وَقَوْلُهُ هَذَا ابْنِي كَلامٌ صَحِيحٌ فِي مَحَله مِنْ مُبْتَدأ وَخَبَرٍ وَهُوَ مَلزُومٌ لقَوْله هَذَا حُرٌّ منْ حِينِ مَلكْت لأَنَّ البُنُوَّةَ إذَا ثَبَتَتْ فِي المَمْلُوك كَانَ حُرًّا مِنْ حِينِ العُلُوق وَذكْرُ المَلزُوم وَإِرَادَةُ اللازِمِ هُوَ المَجَازُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَال هَذَا حُرٌّ مِنْ حِينِ مَلكْته وَذَلكَ يُوجبُ العتْقَ لا مَحَالةَ فَيُحْمَلُ عَلَى ذَلكَ تَصْحِيحًا لكَلامه، بخلاف مَا اُسْتُشْهدَ به عَلَى بِنَاءِ المَفْعُول لأَنَّهُ لا وَجْهَ للمَجَازِ إذْ لَيْسَ قَوْلُهُ أَعْتَقْتُك قَبْل أَنْ أُخْلقَ مَلزُومًا لقَوْله أَنْتَ حُرٌّ منْ حِينِ مَلكْت لأَنَّ الأَوَّل يَقْتَضِي عَدَمَ وُرُود الملك عَليْه وَالثَّانِيَ يَقْتَضِي وُرُودَهُ أَلبَتَّةَ، وَالشَّيْءُ لا يَكُونُ مَلزُومًا لمَا يُنَافِيه وَإِلا لزِمَ انْفِكَاكُ المَلزُومِ عَنْ اللازِمِ وَهُوَ مُحَالٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُخَالفُ مَا إذَا قَال لغَيْرِه قَطَعْت يَدَك فَأَخْرَجَهُمَا صَحِيحَتَيْنِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لوْ كَانَ صِحَّةُ ذِكْرِ المَلزُومِ وَإِرَادَة اللازِمِ مُجَوِّزَةً للمَجَازِ، وَإِنْ لمْ يَكُنْ الحُكْمُ مُتَصَوَّرًا لوَجَبَ عَليْه الأَرْشُ فِي الصُّورَة المَذْكُورَة لأَنَّ القَطْعَ خَطَأً سَبَبٌ لوُجُوب المَال فَيَكُونُ قَوْلُهُ قَطَعْت يَدَك مَجَازًا عَنْ قَوْله لك عَليَّ خَمْسَةُ آلاف دِرْهَمٍ وَاللازِمُ بَاطلٌ فَالمَلزُومُ مثْلُهُ. وَتَقْرِيرُ جَوَابه أَنَّ القَطْعَ خَطَأً لَيْسَ بِسَبَبٍ لمَالٍ مُطْلقٍ بَل لمَا يُخَالفُ المَال المُطْلقَ فِي الوَصْفِ وَهُوَ الأَرْشُ. حَتَّى وَجَبَ عَلى العَاقِلة فِي سَنَتَيْنِ) بلفْظِ

التَّثْنِيَة كَذَا فِي النِّهَايَة، وَذَلِكَ المَالُ الذي هُوَ مُسَبَّبٌ عَنْ القَطْعِ لا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ بِدُونِ القَطْعِ، فَمَا هُوَ مُسَبَّبٌ لا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ، وَمَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ لَيْس بِمُسَبَّب.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذه الصُّورَةَ مِمَّا تَعَذَّرَ فِيه الحَقِيقَةُ وَالمَجَازُ فَيَلغُو، أَمَّا الحَقِيقَةُ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا المَجَازُ فَلأَنَّ قَطْعَ اليَد خَطَأً مَلزُومٌ للأَرْشِ الذِي هُوَ مَلزُومٌ للقَطْعِ وَاللازِمِ وَهُوَ القَطْعُ مُنْتَف فَالمَلزُومُ وَهُوَ الأَرْشُ كَذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الحُرِّيَّةُ لا تَخْتَلفُ) مَعْنَاهُ الحُرِّيَّةُ التِي جَعَلنَا قَوْلَهُ هَذَا ابْنِي وَهِيَ الحُرِّيَّةُ مِنْ حِينِ مَلكَ مَجَازًا عَنْهَا لا تَخْتَلفُ ذَاتًا وَهُوَ زَوَالُ الرِّقِّ وَلا حُكْمًا وَهُوَ صَلاحِيَتُهُ للقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ وَالوِلايَاتِ كُلِهَا (فَأَمْكَنَ جَعْلُهُ) أَيْ جَعْلُ قَوْله هَذَا ابْنِي (مَجَازًا عَنْهُ) أَيْ عَنْ الحُرِّيَّة عَلى تَأْوِيل العِتْقِ أَوْ المَذْكُورِ (وَلوْ قَال هَذَا أَبِي أَوْ أُمِّي وَمِثْلُهُ لا يُولدُ لمِثْلِهِمَا فَهُوَ عَلى الخِلافِ) وَهُوَ الأَظْهَرُ. وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي مِنْ الوَجْه فِي الجَانِبَيْنِ فِي قَوْله هَذَا ابْنِي (وَلوْ **قَال لصَبِيٍّ صَغِيرٍ هَذَا جَدِّي** قِيل هُوَ عَلى الخِلافِ) وَالوَجْهُ مَا تَقَدَّمَ (وَقِيل لا يَعْتِقُ بِالإِجْمَاعِ لأَنَّ هَذَا الكَلامَ لا مُوجِبَ لهُ فِي المِلك مِنْ بُنُوَّة أَوْ حُرِّيَّة) إلا بِوَاسِطَة وَهُوَ الأَبُ وَهِيَ غَيْرُ ثَابتَة فِي كَلامه (فَتَعَذَّرَ أَنْ يُجْعَل مَجَازًا عَنْ المُوجِبِ) وَهَذَا يُشِيرُ إلى أَنَّ الوَاسِطَةَ لوْ كَانَتْ مَذْكُورَةً مِثْل أَنْ يَقُول هَذَا جَدِّي أَبُو أَبِي عَتَقَ وَقَدْ ذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ (بِخِلاف الأُبُوَّة وَالبُنُوَّة) لأَنَّ لهُمَا مُوجِبًا فِي المِلك بِلا وَاسِطَة وَلوْ قَال هَذَا أَخِي لا يَعْتِقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة. وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَعْتِقُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّا) أَمَّا وَجْهُ رِوَايَة العِتْقِ فَمَا ذَكَرَهُ بِقَوْله وَهَذَا لأَنَّ البُنُوَّةَ فِي المَمْلُوك سَبَبُ الحُرِّيَّة إلخ، فَكَذَلكَ هَاهُنَا الأُخُوَّةُ فِي المِلك تُوجِبُ العِتْقَ، وَأَمَّا وَجْهُ رِوَايَة عَدَمِ العِتْقِ فَلقَوْله فِي مَسْأَلة الجَدِّ لأَنَّ هَذَا الكَلامَ لا مُوجِبَ لهُ فِي المِلك إلا بِوَاسِطَة، وَكَذَلكَ هَاهُنَا الأُخُوَّةُ لا تَكُونُ إلا بِوَاسِطَة الأَب أَوْ الأُمِّ لأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنْ مُجَاوَرَة فِي صُلب أَوْ رَحِمٍ وَهَذِهِ الوَاسِطَةُ غَيْرُ مَذْكُورَة. وَلا مُوجِبَ لهَذِه الكَلمَة بِدُون هَذِه الوَاسِطَة.

قَال فِي المَبْسُوط: إنَّ اخْتِلافَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الأَخِ إنَّمَا كَانَ إذَا ذَكَرَهُ مُطْلقًا بِأَنْ قَال هَذَا أَخِي، فَأَمَّا إذَا ذَكَرَهُ مُقَيَّدًا وَقَال هَذَا أَخِي لأَبِي أَوْ لأُمِّي فَيَعْتِقُ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّد لمَا أَنَّ مُطْلقَ الأُخُوَّة مُشْتَرَكٌ قَدْ يُرَادُ بِهَا الأُخُوَّةُ فِي الدِّينِ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ

إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] وَقَدْ يُرَادُ بِهَا الاتِّحَادُ فِي القَبِيلَةِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا﴾ [الأعراف: ٦٥] وَقَدْ يُرَادُ بِهَا الأُخُوَّةُ فِي النَّسَبِ، وَالْمُشْتَرَكُ لا يَكُونُ حُجَّةً.

فَإِنْ قِيلَ: البُنُوَّةُ أَيْضًا تَخْتَلِفُ بَيْنَ نَسَبٍ وَرَضَاعٍ فَكَيْفَ يَثْبُتُ العِتْقُ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ هَذَا ابْنِي؟ أُجِيبَ بِأَنَّ البُنُوَّةَ مِنْ الرَّضَاعِ مَجَازٌ، وَالْمَجَازُ لا يُعَارِضُ الحَقِيقَةَ (وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ هَذَا ابْنَتِي فَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ. وَقِيلَ هُوَ) أَيْ عَدَمُ العِتْقِ (بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمُشَارَ إِلَيْهِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْمُسَمَّى) لِأَنَّ الذُّكُورَ وَالإِنَاثَ مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ؛ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمُشَارُ إِلَيْهِ مِنْ جِنْسِ الْمُسَمَّى يَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بِالْمُسَمَّى لِمَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَالْمُسَمَّى هَاهُنَا مَعْدُومٌ فَلا يَكُونُ مُعْتَبَرًا حَقِيقَةً وَلا مَجَازًا عَنْ الابْنِ لِعَدَمِ الْمُلازَمَةِ بَيْنَهُمَا.

(وَإِن قَالَ لأَمَتِهِ: أَنتِ طَالِقٌ أَو بَائِنٌ أَو تَخَمَّرِي وَنَوَى بِهِ العِتقَ لم تُعتَق) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تُعتَقُ إِذَا نَوَى، وَكَذَا عَلَى هَذَا الخِلَافِ سَائِرُ أَلفَاظِ الصَّرِيحِ وَالكِنَايَةِ عَلَى مَا قَالَ مَشَايِخُهُم رَحِمَهُمُ اللهُ لَهُ أَنَّهُ نَوَى مَا يَحتَمِلُهُ لَفظُهُ لأَنَّ بَينَ المِلكَينِ مُوَافَقَةً إِذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مِلكُ العَينِ، أَمَّا مِلكُ اليَمِينِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ مِلكُ النِّكَاحِ فِي حُكمِ مِلكِ العَينِ حَتَّى كَانَ التَّأبِيدُ مِن شَرطِهِ وَالتَّأقِيتُ مُبطِلا لَهُ وَعَمَلُ اللَفظَينِ فِي إِسقَاطِ مَا هُوَ حَقُّهُ وَهُوَ المِلكُ وَلِهَذَا يَصِحُّ التَّعلِيقُ فِيهِ بِالشَّرطِ.

أَمَّا الأَحكَامُ فَتَثبُتُ سَبَبٌ سَابِقٌ وَهُوَ كَونُهُ مُكَلفًا، وَلِهَذَا يَصلُحُ لَفظَةُ العِتقِ وَالتَّحرِيرُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ فَكَذَا عَكسُهُ. وَلَنَا أَنَّهُ نَوَى مَا لا يَحتَمِلُهُ لَفظُهُ لأَنَّ الإِعتَاقَ لُغَةً إِثبَاتُ القُوَّةِ وَالطَّلَاقَ رَفعُ القَيدِ، وَهَذَا لأَنَّ العَبدَ أُلحِقَ بِالجَمَادَاتِ وَبِالإِعتَاقِ يَحيَا فَيَقدِرُ، وَلا كَذَلِكَ المَنكُوحَةُ فَإِنَّهَا قَادِرَةٌ إِلا أَنَّ قَيدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلَاقِ يَرتَفِعُ المَانِعُ فَتَظهَرُ القُوَّةُ وَلا خَفَاءَ أَنَّ الأَوَّلَ أَقوَى، وَلأَنَّ مِلكَ اليَمِينِ فَوقَ مِلكِ النِّكَاحِ فَكَانَ إِسقَاطُهُ أَقوَى وَاللفظُ يَصلُحُ مَجَازًا عَمَّا هُوَ دُونَ حَقِيقَتِهِ لا عَمَّا هُوَ فَوقَهُ، فَلِهَذَا امتَنَعَ فِي المُتَنَازَعِ فِيهِ وَانسَاغَ فِي عَكسِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بَائِنٌ) ظَاهِرٌ إِلَى قَوْلِهِ وَعَمَلُ اللَّفْظَيْنِ وَهُوَ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الإِعْتَاقُ إِثْبَاتُ القُوَّةِ وَلِهَذَا تَثْبُتُ بِهِ الأَحْكَامُ مِثْلُ الأَهْلِيَّةِ وَالوِلَايَةِ

وَالشَّهَادَة فَأَنَّى يُشْبِهُ الطَّلاقَ الذي هُوَ إِسْقَاطٌ مَحْضٌ. وَتَقْرِيرُ الجَوَاب الإِعْتَاق أَيْضًا إِسْقَاطٌ بِدَلِيل صِحَّة التَّعْلِيق فِيهِمَا، وَأَمَّا الأَحْكَامُ فَلَيْسَتْ بِوَارِدَة لأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِسَبَب سَابِقٍ وَهُوَ كَوْنُهُ آدَمِيًّا مُكَلفًا غَيْرَ أَنَّ الإِعْتَاقَ إِزَالَةُ المَانع فَاسْتَوَى الإِعْتَاقُ وَالطَّلاقُ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْن العتْقِ مُحْتَمَل لَفْظه (يَصْلُحُ لَفْظَةُ العتْقِ وَالتَّحْرِيرِ كِتَابَةً عَنْ الطَّلاق فَكَذَا عَكْسُهُ) لأَنَّ مَبْنَى المَجَازِ عَلى المُنَاسَبَة وَالشَّيْءُ لا يُنَاسِبُ شَيْئًا إِلا الشَّيْءَ الآخَرَ يُنَاسِبُهُ، وَإِنَّمَا قَال عَلى مَا قَالهُ مَشَايِخُهُمْ لأَنَّ المَنْصُوصَ عَنْ الشَّافِعِيِّ لفْظَةُ الطَّلاقِ فَحَسْبُ وَأَصْحَابُهُ قَاسُوا عَلَيْهَا سَائِرَ أَلفَاظ الصَّرِيحِ وَالكِنَايَة وَلَنَا أَنَّهُ نَوَى مَا لا يَحْتَمِلُهُ كَلامُهُ) لأَنَّهُ لا مُنَاسَبَةَ بَيْنَهُمَا تُجَوِّزُ الاسْتِعَارَةَ لأَنَّ الإِعْتَاقَ لُغَةً إِثْبَاتُ القُوَّة مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِهِمْ عَتَقَ الطَّيْرُ: إِذَا قَوِيَ وَطَارَ عَنْ وَكْرِه، وَفِي الشَّرْعِ أَيْضًا كَذَلِكَ لأَنَّ العَبْدَ أُلحِقَ بِالجَمَادَات وَبِالإِعْتَاقِ يَحْيَا فَيَقْدِرُ. وَالطَّلاقُ فِي اللُّغَة رَفْعُ القَيْد مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِهِمْ أَطْلَقْت البَعِيرَ عَنْ القَيْد إِذَا حَللته وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ المَانِعِ عَنْ الانْطلاقِ لا إِثْبَات قُوَّة الانْطلاقِ، وَكَذَلِكَ فِي الشَّرْعِ لأَنَّ المَنْكُوحَةَ لَمْ تَزَل مَالكِيَّتَهُ فَإِنَّهَا قَادرَةٌ إِلا أَنَّ قَيْدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلاقِ يَرْتَفِعُ المَانِعُ فَتَظْهَرُ القُوَّةُ وَليْسَ بَيْنَ إِثْبَات القُوَّة الشَّرْعِيَّة فِي مَحَلٍّ لَمْ يَكُنْ وَبَيْنَ رَفْعِ المَانِعِ لتَعْمَل القُوَّةُ الثَّابتَةُ فِي مَحَلهَا مُنَاسَبَةٌ.

وَلا خَفَاءَ أَنَّ الأَوَّل أَقْوَى وَالأَدْنَى لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَعَارًا للأَعْلى عَلى مَا نَذْكُرُ، وَلأَنَّ ملكَ اليَمينِ فَوْقَ ملك النِّكَاحِ لأَنَّ ملكَ اليَمينِ قَدْ يَسْتَلزِمُ ملكَ المُتْعَة إِذَا صَادَفَ الجَوَارِيَ الخَاليَةَ عَمَّا يَمْنَعُ عَنْ الاسْتِمْتَاعِ بِهِنَّ، وَأَمَّا ملكُ النِّكَاحِ فَلا يَسْتَلزِمُ ملكَ اليَمينِ أَصْلا، وَكُلُّ مَا كَانَ هُوَ أَقْوَى فَإِسْقَاطُهُ أَقْوَى فَملكُ اليَمينِ إِسْقَاطُهُ أَقْوَى وَاللفْظُ يَصْلُحُ مَجَازًا عَمَّا دُونَ حَقِيقَته لا عَمَّا هُوَ فَوْقَهُ، وَهَذَا لأَنَّ مثْل هَذَا المَجَازِ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا إِذَا وَجَدْت وَصْفًا مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَلزُومَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ فِي الحَقِيقَة هُوَ فِي أَحَدِهِمَا أَقْوَى مِنْهُ فِي الآخَرِ.

وَأَنْتَ تَرَى إِلحَاقَ الأَضْعَف بِالأَقْوَى عَلى وَجْه التَّسْوِيَة بَيْنَهُمَا فَتَدَّعِي أَنَّ مَلزُومَ الأَضْعَفِ مِنْ جِنْسِ مَلزُومِ الأَقْوَى وَتُطْلقُ عَلَيْه اسْمَ الأَقْوَى كَمَا إِذَا كَانَ عِنْدَك شُجَاعٌ وَأَنْتَ تُرِيدُ أَنْ تُلحِقَ جُرْأَتَهُ وَقُوَّتَهُ بِجُرْأَة الأَسَد وَقُوَّته فَتَدَّعِي الأَسْدِيَةَ لهُ بِإِطْلاق اسْمِ الأَسَد عَلَيْه.وَهَذَا كَمَا تَرَى إِنَّمَا يَكُونُ بِإِطْلاقِ اسْمِ القَوِيِّ عَلى الضَّعِيفِ دُونَ العَكْسِ.

وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا بَعْدَ العِلمِ بِأَنَّ إِزَالَةَ مِلكِ اليَمِينِ أَقْوَى ظَهَرَ لك جَوَازُ اسْتِعَارَةِ أَلفَاظِ العَتَاقِ للطَّلاقِ دُونَ عَكْسِه.

وَالفَرْقُ بَيْنَ النُّكْتَتَيْنِ المَذْكُورَتَيْنِ فِي الكِتَابِ أَنَّ فِي الأُولَى مَنْعَ المُنَاسَبَةِ وَإِظْهَارَ السَّنَد بِأَنَّ الإِعْتَاقَ إِثْبَاتٌ وَالطَّلاقَ رَفْعٌ فَأَنَّى يَتَنَاسَبَان، وَفِي الثَّانِي تَسْلِيمَ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا إِسْقَاطٌ لكِنَّ الإِعْتَاقَ أَقْوَى وَهُوَ يُنَافِي الاسْتِعَارَةَ.

(وَإِذَا قَال لعَبدِهِ أَنتَ مِثلُ الحُرِّ لم يُعتَق) لأَنَّ المِثل يُستَعمَلُ للمُشَارَكَةِ فِي بَعضِ المَعَانِي عُرفًا فَوقَعَ الشَّكُّ فِي الحُرِّيَّةِ (وَلو قَال: مَا أَنتَ إلا حُرٌّ عَتَقَ) لأَنَّ الاستِثنَاءَ مِن النَّفيِ إِثبَاتٌ عَلى وَجهِ التَّأكِيدِ كَمَا فِي كَلمَةِ الشَّهَادَةِ (وَلو قَال رَأسُك رَأسُ حُرٍّ لا يُعتَقُ) لأَنَّهُ تَشبِيهٌ بِحَذفِ حَرفِهِ (وَلو قَال رَأسُك رَأسُ حُرٍّ عَتَقَ) لأَنَّهُ إِثبَاتُ الحُرِّيَّةِ فِيهِ إِذ الرَّأسُ يُعَبَّرُ بِهِ عَن جَمِيعِ البَدَنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِذَا قَال **لعَبْده أَنْتَ مثْل الحُرِّ**) إِطْلاقُهُ يُشِيرُ إِلى أَنَّهُ نَوَى العِتْقَ أَوْ لمْ يَنْوِ لمْ يَعْتِقْ. وَذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ لمْ يَعْتِقْ إِلا بِالنِّيَّة، وَفِي تَعْليله إِشَارَةٌ إِلى ذَلكَ لأَنَّهُ قَال لأَنَّ المِثْل يُسْتَعْمَلُ للمُشَارَكَة فِي بَعْضِ المَعَانِي عُرْفًا فَوقَعَ الشَّكُّ فِي الحُرِّيَّة، وَلا شَكَّ أَنَّهُ إِذَا نَوَى الحُرِّيَّةَ زَال الشَّكُّ. وَقَوْلُهُ (عُرْفًا) يَجُوزُ أَنْ يُرَادَ به العُرْفُ العَامُّ، فَإِنَّ العَامَّةَ يَسْتَعْمِلُونَهُ للمُشَارَكَة فِي بَعْضِ الأَوْصَاف يَقُولُونَ زَيْدٌ مِثْلُ عَمْرٍو مَثَلا إِلا إِذَا كَانَ عَمْرٌو مَشْهُورًا بِصِفَة كَعِلمٍ أَوْ خَطٍّ أَوْ جُودٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ به العُرْفُ الخَاصُّ فَإِنَّ بَعْضَ أَهْل العِلمِ يَسْتَعْمِلُونَهُ فِي الاتِّحَاد بِالحَقِيقَة. وَقَوْلُهُ (وَلوْ قَال مَا أَنْتَ إِلا حُرٌّ إلخ) ظَاهِرٌ.

فصل

(وَمَن مَلكَ ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ عَتَقَ عَليهِ) وَهَذَا اللفظُ مَروِيٌّ عَن رَسُول اللهِ ﷺ[1]، وَقَال ﷺ "مَن مَلكَ ذَا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ فَهُوَ حُرٌّ"[2] وَاللفظُ بِعُمُومِهِ يَنتَظِمُ كُل قَرَابَةٍ

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨٩٧)، وانظر نصب الراية (٣/٤١٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي في الأحكام باب ٢٨، والنسائي في الكبرى (٤٨٩٨)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، وانظر نصب الراية (٣/٤١٦).

مُؤَيَّدَةٍ بِالْمَحرَمِيَّةِ وِلادًا أَو غَيرَهُ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِي غَيرِهِ. لهُ أَنَّ ثُبُوتَ العِتقِ مِن غَيرِ مَرضَاةِ المَالِكِ يَنفِيهِ القِيَاسُ أَو لا يَقتَضِيهِ، وَالأُخُوَّةُ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَن قَرَابَةِ الوِلادَةِ فَامتَنَعَ الإِلحَاقُ أَو الاستِدلال بِهِ، وَلِهَذَا امتَنَعَ التَّكَاتُبُ عَلى المُكَاتَبِ فِي غَيرِ الوِلادِ وَلَم يَمتَنِعُ فِيهِ. وَلنَا مَا رَوَينَا، وَلأَنَّهُ مَلَكَ قَرِيبَهُ قَرَابَةً مُؤَثِّرَةً فِي المَحرَمِيَّةِ فَيَعتِقُ عَليهِ، وَهَذَا هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الأَصلِ، وَالوِلادُ مَلغِيٌّ لأَنَّهَا هِيَ التِي يُفتَرَضُ وَصلُهَا وَيَحرُمُ قَطعُهَا حَتَّى وَجَبَت النَّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ، وَلا فَرقَ بَينَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسلمًا أَو كَافِرًا فِي دَارِ الإِسلامِ لِعُمُومِ العِلَّةِ.

وَالمُكَاتَبُ إِذَا اشتَرَى أَخَاهُ وَمَن يَجرِي مَجرَاهُ لا يَتَكَاتَبُ عَليهِ لأَنَّهُ لَيسَ لَهُ مِلكٌ تَامٌّ يُقدِرُهُ عَلى الإِعتَاقِ وَالافتِرَاضِ عِندَ القُدرَةِ، بِخِلافِ الوِلادِ لأَنَّ العِتقَ فِيهِ مِن مَقَاصِدِ الكِتَابَةِ فَامتَنَعَ البَيعُ فَيَعتِقُ تَحقِيقًا لِمَقصُودِ العَقدِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَتَكَاتَبُ عَلى الأَخِ أَيضًا وَهُوَ قَولُهُمَا قُلنَا أَن نَمنَعَ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا مَلَكَ ابنَةَ عَمِّهِ وَهِيَ أُختُهُ مِن الرَّضَاعِ لأَنَّ المَحرَمِيَّةَ مَا ثَبَتَت بِالقَرَابَةِ وَالصَّبِيُّ جُعِلَ أَهلا لِهَذَا العِتقِ، وَكَذَا المَجنُونُ حَتَّى عَتَقَ القَرِيبُ عَليهِمَا عِندَ المِلكِ؛ لأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَبدِ فَشَابَهَ النَّفَقَةَ.

الشرح:

(فَصْلٌ)

لَمَّا ذَكَرَ العِتْقَ الحَاصِل بِالإِعْتَاقِ الاخْتِيَارِيِّ الذي هُوَ الأَصْلُ ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل عَامَّةَ مَسَائِل العِتْقِ الذي يَحْصُلُ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ كَإِرْثِ قَرِيبِهِ. وَخُرُوجِ عَبْدِ الحَرْبِيِّ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَوَلَدِ الأَمَةِ مِنْ مَوْلاهَا، وَالرَّحِمُ فِي الأَصْلِ وِعَاءُ الوَلَدِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ، ثُمَّ سُمِّيَتْ القَرَابَةُ وَصْلَةٌ مِنْ جِهَةِ الوِلادِ رَحِمًا، وَمِنْهُ ذُو الرَّحِمِ، وَالمَحْرَمُ هُوَ الذي لا يَجُوزُ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا لوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالآخَرُ أُنْثَى «**وَمَنْ مَلكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ**»، وَهَذَا اللفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُول اللهِ ﷺ) رَوَاهُ عُمَرُ وَعَبْدُ اللهِ بْنُ مَسْعُود وَعَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ وَقَال ﷺ «**مَنْ مَلكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ**» رَوَاهُ الخَمْسَةُ إِلا النَّسَائِيَّ، وَاللفْظُ بِعُمُومِهِ يَتَنَاوَلُ كُل قَرَابَةٍ مُؤَيَّدَةٍ بِالمَحْرَمِيَّةِ وِلادًا أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنْ قِيل الضَّمِيرُ فِي مِثْلِهِ يَعُودُ إِلى مَنْ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «**مَنْ دَخَل دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ**» وَأَمْثَالِهِ فَلا يَكُونُ حُجَّةً. أُجِيبَ بِأَنَّ وُقُوعَهُ جَزَاءً لِقَوْلِهِ " مَنْ مَلكَ " يَنْبُو عَنْ ذَلِكَ لِئَلا

يَلزَمَ تَحْصِيلُ الحَاصِلِ فَإِنَّ تَمَلُّكَهُ يَدُلُّ عَلى حُرِّيَّتِهِ إِذْ المَمْلُوكُ لا يَمْلكُ شَيْئًا فَقولُهُ فَهُوَ حُرٌّ لوْ عَادَ إليْهِ كَانَ تَكْرَارًا غَيْرَ مُفيد.

فَإِنْ قِيلَ: صَحَّ عَنْ رَسُول الله ﷺ أَنَّهُ قَال «**لنْ يَجْزِي وَلَدٌ وَالدَهُ إلا أَنْ يَجدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتقَهُ**» عَطَفَهُ بالفَاءِ التي للتَّعْقيبِ فَلا يَعْتقُ مَا لَمْ يُعْتقْهُ. أُجيبَ بأَنَّهُ دَليلُ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ وَليْسَ بِصَحِيحٍ للُزُومِ التَّعَارُضِ، وَمَحْمَلُهُ أَنَّ مثلَهُ يُسْتَعْمَلُ فِي حُصُول الثَّانِي بالأَوَّل لا بِسَبَبٍ آخرَ كَمَا يُقَالُ أَطْعَمَهُ فَأَشْبَعَهُ وَسَقَاهُ فَأَرْوَاهُ وَضَرَبَهُ فَأَوْجَعَهُ وَأَمْثَالٌ لهُ. قَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالفُنَا فِي غَيْرِهِ) أيْ فِي غَيْرِ الوِلادِ، وَاسْتَدَل بأَنَّ ثُبوتَ العِتْقِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ المَالك يَنْفيه القِيَاسُ أَوْ لا يَقْتَضِيه، وَكُلُّ مَا يَنْفيه القِيَاسُ لا يَلحَقُ بِهِ شَيْءٌ آخرُ بالقِيَاسِ، وَكُلُّ مَا لا يَقْتَضِيه لا يَدْخُلُ غَيْرُهُ فيه بالاسْتدْلال: أيْ بدَلالَة النَّصِّ إلا إذَا كَانَ المُلحَقُ فِي مَعْنَى المُلحَقِ بِهِ مِنْ كُل وَجْه، وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّ قَرَابَةَ الأُخُوَّةِ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَنْ قَرَابَةِ الوِلادِ وَلهَذَا امْتَنَعَ **التَّكَاتُبُ عَلى المُكَاتَبِ** فِي غَيْرِ الوِلادِ وَلا يَمْتَنعُ فيه.

وَلَنَا مَا رَوَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**مَنْ مَلكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منْهُ عَتَقَ عَلَيْه**» وَلأَنَّهُ مَلكَ قَرِيبَهُ قَرَابَةً مُؤَثِّرَةً فِي المَحْرَميَّة. وَكُلُّ مَنْ فَعَل ذَلكَ عَتَقَ عَليْه، أَمَّا أَنَّهُ مَلكَ ذَلكَ فَبالإِجْمَاعِ، وَأَمَّا أَنَّ كُل مَنْ فَعَل ذَلكَ عَتَقَ عَليْه فَبالقِيَاسِ عَلى الوِلادِ لأَنَّ هَذَا المَعْنَى وَهُوَ تَمَلُّكُ القَرِيبِ المَحْرَمِ هُوَ العلةُ المُؤَثِّرَةُ فِي الوِلاد وَالوِلادُ مُلغًى لأَنَّهَا أيْ القَرَابَةَ المُؤَثِّرَةَ فِي المَحْرَميَّة هِيَ التِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا، وَيَحْرُمُ قَطْعُهَا حَتَّى وَجَبَتْ النَّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ. أَمَّا حُرْمَةُ النِّكَاحِ فَبالإِجْمَاعِ. وَأَمَّا وُجُوبُ النَّفَقَة فَمَذْهَبُنَا، لكنْ لَمَّا أَثْبَتَ ذَلكَ مِنْ قَبْلُ بِدَليلٍ قَطْعِيٍّ وَهُوَ قَوْله تَعَالَى «**وَعَلى الوَارِث مثلُ ذَلكَ**» كَانَ ثَابتًا أَلبَتَّةَ فَاسْتَدَل بِه. وَلمَشَايخنَا هُنَا نُكتَةٌ وَهُوَ قَوْلُهُ هَذه قَرَابَةٌ صِينَتْ عَنْ أَدْنَى الذُّليْنِ وَهُوَ ذُلُّ النِّكَاحِ فَلأَنْ تُصَانَ عَنْ أَعْلاهُمَا أَوْلى.

فَإِنْ ادَّعَى أَنَّ ذُل النِّكَاحِ أَعْلى فَتلكَ مُكَابَرَةٌ تَسْتَدْعِي تَفْضِيل الإِمَاءِ عَلى الحَرَائِرِ وَهُوَ بَاطلٌ قَطْعًا، وَإِجْمَاعُنَا عَلى أَنَّ الرَّضَاعَ يَرْفَعُ ذُل النِّكَاحِ دُونَ الرِّقِّ ممَّا يَحْسِمُ مَادَّةَ هَذه المُكَابَرَة فَإِنَّ رَافِعَ الأَعْلى يَرْفَعُ الأَدْنَى لا مَحَالةَ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ المَالكُ مُسْلمًا أَوْ كَافرًا، وَكَذَلكَ المَمْلُوكُ لعُمُومِ العِلةِ وَهِيَ القَرَابَةُ المُحَرِّمَةُ للنِّكَاحِ. فَإِنْ قِيل:

هَذِهِ القَرَابَةُ إِنْ أَوْجَبَتْ العِتْقَ أَوْجَبَتْ بِاعْتِبَارِ الصِّلَةِ عَلَى مَا أَشَارَ إِلَيْهِ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ هِيَ التِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا وَقَرَابَةُ الأُخُوَّةِ لا تُوجِبُ الصِّلَةَ عِنْدَ اخْتِلافِ الدِّينِ وَلِهَذَا لا تَجِبُ النَّفَقَةُ فَلا تُوجِبُ الإِعْتَاقَ أَيْضًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ عِلَةَ النَّفَقَةِ لَيْسَتْ القَرَابَةَ المُجَرَّدَةَ فِي الأُخُوَّةِ بَل بِصِفَةِ الوِرَاثَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ وَاخْتِلافُ الدِّينِ يَمْنَعُ الإِرْثَ فَكَذَا مَا يُبْنَى عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَال أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الإِسْلامِ لأَنَّ الحَرْبِيَّ لوْ مَلَكَ فِي دَارِ الحَرْبِ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَعْتِقْ، فَإِنَّهُ لوْ أَعْتَقَهُ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، فَكَذَا لا يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالملكِ. فَإِنْ قِيل: عَدَمُ إِنْفَاذِ العِتْقِ بِالإِعْتَاقِ لا يَسْتَلزِمُ عَدَمَ العِتْقِ بِالملكِ فَإِنَّ الصَّبِيَّ وَالمَجْنُونَ إِذْ أَعْتَقَا لَمْ يَنْفُذْ، وَأَمَّا إِذَا مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ.

فَالجَوَابُ أَنَّ الأَصْل أَنَّ مَا يَقَعُ مِنْ العِتْقِ بِالملكِ يَقَعُ بِالإِعْتَاقِ أَيْضًا لأَنَّ الوُقُوعَ بِالملكِ إِنَّمَا هُوَ بِإِلزَامِ الشَّرْعِ لِعَدَمِ التَّصَرُّفِ مِنْهُ، وَمَا لزِمَ بِإِلزَامِهِ يَلزَمُ بِالالتِزَامِ أَيْضًا بِالاسْتِقْرَاءِ، إلا أَنَّا تَرَكْنَا هَذَا الأَصْل فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ بِالمَانِعِ، وَهُوَ أَنَّ الإِعْتَاقَ تَصَرُّفٌ ضَارٌّ مِنْ كُل وَجْهٍ، وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِهِ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَكَذَا إِذَا **أَعْتَقَ المُسْلمُ عَبْدًا حَرْبِيًّا فِي دَارِ الحَرْبِ** لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ.

قَال فِي النِّهَايَةِ: وَبِهَذَا يُعْلمُ أَنَّ قَوْلهُ فِي دَارِ الإِسْلامِ فِي الكِتَابِ مُتَعَلقٌ بِمَجْمُوعِ مَا ذُكِرَ قَبْلهُ مِنْ قَوْلِهِ وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسْلمًا أَوْ كَافِرًا لا يَنْحَصِرُ تَعَلُّقُهُ بِقَوْلِهِ أَوْ كَافِرًا. وَقَوْلُهُ (وَالمُكَاتَبُ إِذَا اشْتَرَى أَخَاهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُبُ عَلَى المُكَاتَبِ فِي غَيْرِ الوِلادِ. وَتَقْرِيرُهُ: لا نُسَلمُ أَنَّهُ لا يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ، بَل قَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ كَانَ يَتَكَاتَبُ عَلَى الأَخِ أَيْضًا. وَلئِنْ سَلمْنَا فَإِنَّمَا لا يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ لأَنَّ المُكَاتَبَ لَيْسَ لهُ مِلكٌ تَامٌّ يُقَدِّرُهُ عَلَى الإِعْتَاقِ لأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ، وَإِنَّمَا أُلحِقَ بِالمُلاكِ فِيمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْ الكِتَابَةِ، وَمَنْ لا قُدْرَةَ لهُ عَلَى الإِعْتَاقِ لا يَعْتِقُ عَلَيْهِ لأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلةِ عِنْدَ القُدْرَةِ.

فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلِكَ لمَا عَتَقَ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الوِلادِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلافِ الوِلادِ لأَنَّ العِتْقَ فِيهِ مِنْ مَقَاصِدِ الكِتَابَةِ لأَنَّ عِتْقَ نَفْسِهِ كَمَا كَانَ مَقْصُودًا بِالكِتَابَةِ لِكَوْنِهِ يَتَغَيَّرُ بِالرِّقِّ فَكَذَلِكَ رِقُّ الوَالِدِ وَالوَلدِ، فَإِذَا كَانَ مِنْ مَقَاصِدِهَا امْتَنَعَ البَيْعُ فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ تَحْقِيقًا

لَمقْصُودِ العَقْدِ، وَأَمَّا حُرِّيَّةُ الأخِ فَليْسَتْ مِنْ مَقَاصِدِ عَقْدِ الكِتَابَةِ لعَدَمِ لُحُوقِ العَارِ برقِّه لُحُوقَهُ برِقِّ ابْنِه أَوْ أَبِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بخِلافِ مَا إذَا مَلكَ بِنْتَ عَمِّه) جَوابُ نَقْضٍ إجْمَاليٍّ.

تَقْرِيرُهُ: لوْ كَانَ تَمَلُّكُ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ علةً لعِتْقِه عَلى مَنْ يَمْلكُ لعَتَقَتْ ابْنَةُ العَمِّ التي هِيَ أُخْتٌ مِنْ الرَّضَاعَةِ عَلى ابْنِ عَمِّهَا إذَا اشْتَرَاهَا وَليْس كَذَلكَ. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ المُرَادَ بالمَحْرَمِيَّةِ مَحْرَمِيَّةٌ أَثَّرَتْ فيهَا القَرَابَةُ وَهَذه ليْسَتْ كَذَلكَ لأَنَّ الرَّضَاعَ هُوَ المُؤَثِّرُ، وَذِكْرُ هَذَا الجَوَابِ إنَّمَا هُوَ لزِيَادَةِ الإيضَاحِ لأَنَّهُ كَانَ مَعْلُومًا مِنْ أَصْلِ دَليله حَيْثُ قَال: وَلأَنَّهُ مَلكَ قَرِيبَهُ قَرَابَةً مُؤَثِّرَةً فِي المَحْرَمِيَّةِ وَهَذه لمْ تَكُنْ كَذَلكَ، وَالصَّبِيُّ جُعِل أَهْلا لهَذَا العِتْقِ وَكَذَلكَ المَجْنُونُ، فَإذَا دَخَل قَرِيبُهُمَا فِي ملكِهِمَا بغَيْرِ صُنْعٍ مِنْهُمَا كَالإرْثِ وَالهبَة عَتَقَ عَليْهِمَا لأَنَّ العلةَ وَهِيَ تَمَلُّكُ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ قَدْ وُجِدَتْ وَقَدْ تَعَلقَ بِه حَقُّ العَبْدِ فَيَعْتِقُ وَكَانَ كَالنَّفَقَة.

(وَمَن أَعتَقَ عَبدًا لوَجهِ اللهِ تَعَالى أَو للشَّيطَانِ أَو للصَّنَمِ عَتَقَ) لوُجُودِ رُكنِ الإعتَاقِ مِن أَهلهِ فِي مَحَلهِ وَوَصفُ القُربَةِ فِي اللفظِ الأَوَّل زِيَادَةٌ فَلا يَختَلُّ العِتقُ بعَدَمِهِ فِي اللفظَينِ الآخَرَينِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لوَجْهِ الله تَعَالى) وَمَنْ **قَال لعَبْده أَنْتَ حُرٌّ لوَجْه الله تَعَالى أَوْ للشَّيْطَان أَوْ للصَّنَم** عَتَقَ لوُجُودِ رُكْنِ الإعْتَاقِ مِنْ أَهْله مُضَافًا إلى مَحَله مِنْ غَيْرِ مَانِعٍ شَرْعِيٍّ فَيَتَرَتَّبُ الحُكْمُ عَليْه، وَوَصْفُ القُرْبَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ لوَجْه الله تَعَالى فِي الوَجْه الأَوَّل زِيَادَةٌ فَلا يَخْتَلُّ العِتْقُ بعَدَمه فِي اللفْظَيْنِ الأَخِيرَيْنِ يَعْنِي الشَّيْطَانَ وَالصَّنَمَ.

(وَعِتقُ المُكرَهِ وَالسَّكرَانِ وَاقِعٌ) لصُدُورِ الرُّكنِ مِن الأَهل فِي المَحَل كَمَا فِي الطَّلاقِ وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعِتْقُ المُكْرَه) وَاضِحٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الطَّلاقِ.

(وَإن أَضَافَ العِتقَ إلى مِلكٍ أَو شَرطٍ صَحَّ كَمَا فِي الطَّلاقِ) أَمَّا الإضَافَةُ إلى المِلكِ فَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الطَّلاقِ، وَأَمَّا التَّعليقُ بالشَّرطِ

فَلأَنَّهُ إسقَاطٌ فَيُجرَى فِيهِ التَّعليقُ بخِلافِ التَّمليكَاتِ علَى مَا عُرِفَ فِي مَوضِعِه.

الشرح:

(وَإِنْ أَضَافَ العِتْقَ إلى مِلكٍ) بِأَنْ **يَقُولَ لعَبْدِ الغَيْرِ إنْ اشْتَرَيْتُك فَأَنْتَ حُرٌّ** (صَحَّ كَمَا فِي الطَّلاقِ) وَإِنْ عَلقَ بشَرْطٍ كَقَوْله إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَكَذَلكَ. أَمَّا الإِضَافَةُ فَفيه خلافٌ للشَّافعِيِّ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ، وَأَمَّا التَّعْليقُ بالشَّرْط فَلأَنَّ الإِعْتَاقَ إسْقَاطٌ وَالإِسْقَاطُ (يَجْرِي فِيه التَّعْليقُ) بالاتِّفَاق بخلاف التَّمْليكَات. وَالخلافُ فيه بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافعِيِّ بوَجْه آخرَ وَهُوَ أَنَّ زَوَال الملك عنْدَهُ يُبْطلُ اليَمينَ وَعنْدَنَا لا يُبْطلُهُ، فَإِذَا قَال لعَبْده **إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَبَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَدَخَل الدَّارَ** عَتَقَ عنْدَنَا خلافًا لهُ. وَقَدْ عُرفَ فِي الأُصُول

(وَإذَا خَرَجَ عَبدُ الحَربِيِّ إلينَا مُسلمًا عَتَقَ) «لقَولِهِ ﷺ فِي عَبِيدِ الطَّائِفِ حِينَ خَرَجُوا إليهِ مُسلمِينَ: هُم عُتَقَاءُ اللهِ تَعَالَى»[1] وَلأَنَّهُ أَحرَزَ نَفسَهُ وَهُوَ مُسلمٌ وَلا استِرقَاقَ عَلى المُسلمِ ابتِدَاءً.

الشرح:

(وَإِذَا خَرَجَ عَبْدُ الحَرْبِيِّ إلَيْنَا مُسْلمًا عَتَقَ «لقَوْله ﷺ فِي عَبِيد الطَّائف حينَ خَرَجُوا إلَيْه مُسْلمينَ **هُمْ عُتَقَاءُ الله**») رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «أَنَّ عَبْدَيْنِ منْ الطَّائف خرَجَا فَأَسْلمَا فَأَعْتَقَهُمَا النَّبيُّ ﷺ» (وَلأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ وَهُوَ مُسْلمٌ وَلا اسْترْقَاقَ عَلى المُسْلمِ ابْتدَاءً) وَقَيَّدَ بالابْتدَاء لجَوَازه عَلَيْه بَقَاءً لأَنَّهُ فِي البَقَاء منْ الأُمُور الحُكْميَّة دُونَ الجُزْئيَّة فَيَجُوزُ بَقَاؤُهُ كَبَقَاء الأَمْلاك بَعْدَ وُجُود أَسْبَابهَا.

(وَإن أَعتَقَ حَامِلا عَتَقَ حَملُهَا تَبَعًا لهَا) إذ هُوَ مُتَّصِلٌ بِهَا (وَلو أَعتَقَ الحَمل خَاصَّةً عَتَقَ دُونَهَا) لأَنَّهُ لا وَجهَ إلى إعتَاقِهَا مَقصُودًا لعَدَمِ الإضَافَةِ إليهَا وَلا إليهِ تَبَعًا لمَا فِيهِ مِن قَلبِ المَوضُوعِ، ثُمَّ إعتَاقُ الحَمل صَحِيحٌ وَلا يَصِحُ بَيعُهُ وَهِبَتُهُ لأَنَّ التَّسليمَ نَفسَهُ شَرطٌ فِي الهِبَةِ وَالقُدرَةُ عَليهِ فِي البَيعِ وَلم يُوجَد ذَلكَ بِالإضَافَةِ إلى الجَنِينِ وَشَيءٍ مِن ذَلكَ ليسَ بِشَرطٍ فِي الإعتَاقِ فَافتَرَقَا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٠٠)، وانظر نصب الراية (٣/٤١٨).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ **أَعْتَقَ حَامِلا**) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ تُعْتَقْ أُمُّهُ لَجَازَ بَيْعُهَا وَهُوَ لا يَجُوزُ بِخِلافِ الهِبَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلَى مِلْكِهِ فَهِبَةُ الأُمِّ بَعْدَ ذَلِكَ صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ هِبَةِ الأَمَةِ، وَاسْتِثْنَاءُ الحَمْلِ فِي الهِبَةِ شَرْطٌ فَاسِدٌ، وَالهِبَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّهُ يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ.

(وَلو أعتَقَ الحمل على مَالٍ صَحَّ) وَلا يَجِبُ المَالُ إذ لا وَجهَ إلى إلزَامِ المَال عَلى الجَنِينِ لعَدَمِ الوِلايَةِ عَليهِ، وَلا إلى إلزَامِهِ الأمَّ لأنَّهُ فِي حَقِّ العِتقِ نَفسٌ عَلى حِدَةٍ، وَاشتِرَاطُ بَدَلِ العِتقِ عَلى غَيرِ المُعتِقِ لا يَجُوزُ عَلى مَا مَرَّ فِي الخُلعِ، وَإنَّمَا يُعرَفُ قِيَامُ الحبَلِ وَقتَ العِتقِ إذَا جَاءَت بِهِ لأقَل مِن ستَّةِ أَشهُرٍ مِنهُ، لأَنَّهُ أدنَى مُدَّةِ الحَمل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (**وَاشْتِرَاطُ بَدَلِ العِتْقِ عَلَى غَيْرِ المُعْتَقِ** لا يَجُوزُ) قِيلَ عَلَيْهِ سَلَمْنَا ذَلِكَ، لكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَتَوَقَّفَ العِتْقُ إِلى أَنْ يَبْلُغَ الحَمْلُ إِلى حَدٍّ يَكُونُ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ عَاقِلا يَعْقِلُ العَقْدَ كَمَا مَرَّ فِي خُلعِ الصَّغِيرَةِ حَيْثُ قَالَ فِيهِ: وَإِنْ شَرَطَ الأَلفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ بِأَنْ كَانَتْ عَاقِلَةً تَعْقِلُ العَقْدَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي صَرِيحِ الشَّرْطِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ بِكَلِمَةِ عَلَى وَكَانَ ذِكْرُ المَالِ هَاهُنَا وَصْفًا لِلإِعْتَاقِ، وَلا يَلزَمُ مِنْ بُطْلانِ الوَصْفِ بُطْلانُ الأَصْلِ فَيَثْبُتُ العِتْقُ وَلا يَجِبُ المَالُ كَمَا فِي طَلاقِ الصَّغِيرَةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ إِنْ ذُكِرَ بِكَلِمَةِ الشَّرْطِ تَوَقَّفَ، وَلا بُدَّ فِيهِ مِنْ رِوَايَةٍ، وَاعْتِبَارُهُ بِخُلعِ الصَّغِيرَةِ غَيْرُ صَحِيحٍ لأَنَّهُ قَالَ فِيهِ: وَإِنْ شَرَطَ الأَلفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، فَالتَّوَقُّفُ فِيهِ مَشْرُوطٌ بِكَوْنِهَا مِنْ أَهْلِ القَبُولِ وَالحَمْلُ لَيْسَ مِنْهُ. وَالأَوْلَى أَنْ يُقَالَ: لَمَّا عَلِمَ المُعْتِقُ عَدَمَ كَوْنِ الحَمْلِ أَهْلا لِلخِطَابِ وَقَبُولِ الشَّرْطِ وَأَقْدَمَ عَلَى العِتْقِ كَانَ قَاصِدًا لِلإِعْتَاقِ بِلا مَالٍ أَوْ يُحْمَلُ حَالُهُ عَلَى ذَلِكَ صَوْنًا لِكَلامِهِ عَنْ الإِلغَاءِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ فِي الخُلعِ).

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذِهِ حَوَالَةٌ غَيْرُ رَائِجَةٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَسْأَلَةَ الخُلعِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَإِنَّ فِي شُرُوحِهِ فَرَّقَ بَيْنَ الخُلعِ وَالإِعْتَاقِ لِجَوَازِ وُجُوبِ بَدَلِ الخُلعِ عَلَى الأَجْنَبِيِّ دُونَ الإِعْتَاقِ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الخُلعِ أَنَّ الأَجْنَبِيَّ فِي مَعْنَى المَرْأَةِ فِي عَدَمِ حُصُولِ

شَيْءٍ لَهُمَا بِمُقَابَلَة المَال، فَكَمَا جَازَ عَلَيْهَا جَازَ عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَالإِعْتَاقُ يُثْبِتُ القُوَّةَ الحُكْمِيَّةَ التِي لَمْ تَكُنْ للعَبْدِ قَبْلَهُ، وَكَانَ فِي مُقَابَلَة شَيْءٍ يَحْصُلُ لَهُ، وَالأَجْنَبِيُّ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ فَيَكُونُ اشْتِرَاطُ المَال عَلَيْه كَاشْتِرَاط ثَمَنِ المَبِيعِ عَلَى غَيْرِ المُشْتَرِي. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُعْرَفُ قِيَامُ الحَبَل) وَاضِحٌ لأَنَّ التَّيَقُّنَ بِوُجُودِ الحَمْل فِي البَطْنِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِذَلكَ. وَقَوْلُهُ (مِنْهُ) أَيْ مِنْ وَقْتِ العِتْقِ.

قَالَ: (وَ وَلَدُ الأَمَةِ مِن مَولاهَا حُرٌ) لأَنَّهُ مَخلُوقٌ مِن مَائِهِ فَيَعتِقُ عَليه، هَذَا هُوَ الأَصلُ، وَلا مُعَارِضَ لهُ فِيهِ لأَنَّ وَلدَ الأَمَةِ لمَولاهَا.

الشرح:

قَال (وَوَلَدُ الأَمَة مِنْ مَوْلاهَا حُرٌّ لأَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائه فَيَعْتِقُ عَلَيْه هَذَا هُوَ الأَصْلُ) يَعْنِي أَنَّ الأَصْل أَنْ يُخْلَقَ الوَلَدُ مِنْ مَاءِ صَاحِب المَاءِ (وَلا مُعَارِضَ لَهُ فِيه). أَيْ فِي الوَلَدِ لأَنَّ مَاءَ الأَمَة لا يُعَارِضُ مَاءَهُ لأَنَّ مَاءَهَا مَمْلُوكٌ لَهُ فَيَكُونُ المَاءَان لَهُ، بِخلاف أَمَة الغَيْرِ لأَنَّ مَاءَهَا مَمْلُوكٌ لسَيِّدهَا فَتَحَقَّقَتْ المُعَارَضَةُ، وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لسَيِّدِهَا لتَعَارُضِ المَاءَيْنِ. وَيُرَجَّحُ جَانبُ الأُمِّ بِأُمُور: مِنْهَا الحَضَانَةُ، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ حَقَّ الحَضَانَة إِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الوِلادَة فَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَجِّحًا لمَا هُوَ قَبْلهَا. وَمِنْهَا اسْتِهْلاكُ مَائِه بِمَائِهَا لكَوْن مَائِهَا فِي مَوْضِعه. وَمِنْهَا تَيَقُّنُ كَوْنه مَخْلُوقًا مِنْ مَائِهَا بِخلاف مَاءِ الزَّوْجِ وَكَانَ الفِرَاشُ مِنْ جَانِبِهَا حَقِيقَةً وَحُكْمًا وَمِنْ جَانبِه حُكْمًا فَقَطْ وَالأَوَّلُ أَرْجَحُ لا مَحَالَةَ. وَمِنْهَا أَنَّ الوَلَدَ مَا دَامَ جَنِينًا فَهُوَ بِمَنْزِلَة عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا كَيَدِهَا وَرِجْلِهَا إِلى أَنْ يَنْفَصِل حِسًّا وَشَرْعًا، أَمَّا حِسًّا فَإِنَّهُ يَتَنَفَّسُ بِنَفَسِهَا وَيَنْتَقِلُ بِانْتِقَالِهَا حَتَّى يُقْرَضَ بِالمِقْرَاضِ عِنْدَ انْفِصَاله مِنْهَا، وَأَمَّا شَرْعًا فَلأَنَّهُ يَعْتِقُ بِعِتْقِهَا وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ الكَلامَ فِي إِثْبَاته فَلا يُسْتَدَلُّ بِه عَلَيْه.

(وَوَلدُهَا مِن زَوجِهَا مَملُوكٌ لسَيِّدِهَا) لتَرَجُّحِ جَانِبِ الأُمِّ بِاعتِبَارِ الحَضَانَةِ أَو لاستِهلاكِ مَائِهِ بِمَائِهَا وَالمُنَافَاةُ مُتَحَقِّقَةٌ وَالزَّوجُ قَد رَضِيَ بِهِ، بِخلافِ وَلدِ المَغرُورِ لأَنَّ الوَالدَ مَا رَضِيَ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمُنَافَاةُ مُتَحَقِّقَةٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ التَّرْجِيحُ يُحْتَاجُ إِلَيْه بَعْدَ التَّعَارُضِ

وَتَقْرِيرُهُ: التَّعَارُضُ مَوْجُودٌ لأَنَّ الْمُنَافَاةَ مُتَحَقِّقَةٌ، فَإِنَّهُ لوْ اعْتَبَرَ جَانبَ الأُمِّ كَانَ مَمْلُوكًا لسَيِّدهَا، وَلوْ اعْتَبَرَ جَانبَ الأَب لا يَكُونُ مَمْلُوكًا لسَيِّدهَا فَثَبَتَتْ الْمُنَافَاةُ بخلاف الوَلد منْ الْمَوْلى فَإِنَّهُ للمَوْلى: أيُّ جَانب اُعْتُبرَ. وَقَوْلُهُ (وَالزَّوْجُ قَدْ رَضيَ به) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إذَا اُعْتُبرَ جَانبُ الأَمَة حَتَّى يَكُونَ الوَلدُ مَمْلُوكًا لمَوْلاهَا يَتَضَرَّرُ الأَبُ وَالضَّرَرُ مَدْفُوعٌ شَرْعًا. وَتَقْرِيرُهُ: الزَّوْجُ قَدْ رَضيَ برقِّ الوَلد حَيْثُ أَقْدَمَ عَلى **تَزَوُّجِ الأَمَة عَالمًا بأَنَّ الوَلدَ يُرَقُّ به**، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ العلمَ بكَوْن الوَلد رَقيقًا بتَزَوُّجِ الأَمَة إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ ثُبُوت هَذَا الحُكْمِ فِي الشَّرْعِ وَكَلامُنَا فِي شَرْعِيَّته. وَقَوْلُهُ (بخلاف وَلد المَغْرُور) ظَاهرٌ

(وَوَلدُ الحُرَّةِ حُرٌّ عَلى كُل حَالٍ) لأَنَّ جَانِبَهَا رَاجِحٌ فَيَتْبَعُهَا فِي وَصفِ الحُرِّيَّةِ كَمَا يَتْبَعُهَا فِي المَمْلُوكِيَّةِ والمرقوقية وَالتَّدبِيرِ وَأُمُومِيَّةِ الوَلدِ وَالكِتَابَةِ، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ.

الشرح:

(وَوَلدُ الحُرَّة حُرٌّ عَلى كُل حَال لأَنَّ جَانبَهَا رَاجحٌ) عَلى مَا ذَكَرْنَا (فَيَتْبَعُهَا في وَصْف الحُرِّيَّة) كَمَا يَتْبَعُهَا في المَمْلُوكيَّة والمرقوقية وَإِنَّمَا أَوْرَدَ هَذَيْن اللفْظَيْن لتَغَايُرهمَا منْ حَيْثُ الكَمَالُ وَالنُّقْصَانُ، فَإنَّ في المُدَبَّر وَأُمِّ الوَلد الملكَ كَاملٌ وَالرِّقَّ نَاقصٌ وَفي المُكَاتَب عَلى عَكْسه، فَعَلى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ (وَالتَّدْبيرُ وَأُمِّيَّةُ الوَلد وَالكتَابَةُ كَالتَّفْسير لذَلكَ) وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ.

باب العبد يعتق بعضه

(وَإِذَا أَعتَقَ المَولى بَعضَ عَبدِهِ) عَتَقَ ذَلكَ القَدرُ وَيَسعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لمَولاهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: (يَعتِقُ كُلُّهُ) وَأَصلُهُ أَنَّ الإِعتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِندَهُ فَيَقتَصِرُ عَلى مَا أَعتَقَ وَعِندَهُمَا لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فَإِضَافَتُهُ إلى البَعضِ كَإِضَافَتِهِ إلى الكُل فَلهَذَا يَعتِقُ كُلُّهُ. لهُم أَنَّ الإِعتَاقَ إثبَاتُ العِتقِ وَهُوَ قُوَّةٌ حُكمِيَّةٌ، وَإِثبَاتُهَا بِإِزَالةِ ضِدِّهَا وَهُوَ الرِّقُّ الذِي هُوَ ضَعفٌ حُكمِيٌّ وَهُمَا لا يَتَجَزَّآنِ فَصَارَ كَالطَّلاقِ وَالعَفوِ عَن القِصَاصِ وَالاستِيلادِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الإِعتَاقَ إثبَاتُ العِتقِ بِإِزَالةِ المِلكِ، أَو هُوَ إزَالةُ المِلكِ لأَنَّ المِلكَ حَقُّهُ وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرعِ أَو حَقُّ العَامَّةِ.

وَحُكمُ التَّصَرُّفِ مَا يَدخُلُ تَحتَ وِلايَةِ المُتَصَرِّفِ وَهُوَ إزَالةُ حَقِّهِ لا حَقِّ غَيرِهِ.

وَالأَصلُ أَنَّ التَّصَرُّفَ يَقتَصِرُ على مَوضِعِ الإِضَافَةِ وَالتَّعدِّي إلى مَا وَرَاءَهُ ضَرُورَةَ عَدَمِ التَّجزِيءِ، وَالمِلكُ مُتَجَزِّئٌ كَمَا فِي البَيعِ وَالهِبَةِ فَيَبقَى عَلَى الأَصل، وَتَجِبُ السِّعَايَةُ لاحتِبَاسِ مَاليَّةِ البَعضِ عِندَ العَبدِ، وَالمُستَسعَى بِمَنزِلَةِ المُكَاتَبِ عِندَهُ لأَنَّ الإِضَافَةَ إلى البَعضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ فِي كُله، وَبَقَاءُ المِلكِ فِي بَعضِهِ يَمنَعُهُ، فَعَمِلنَا بِالدَّليلين بِإِنزَالِهِ مُكَاتَبًا إذ هُوَ مَالِكُ يَدٍ إلا رَقَبَةً، وَالسِّعَايَةُ كَبَدَلِ الكِتَابَةِ، فَلَهُ أَن يَستَسعِيَهُ.

وَلَهُ خِيَارُ أَن يُعتِقَهُ لأَنَّ المُكَاتَبَ قَابِلٌ للإِعتَاقِ، غَيرَ أَنَّهُ إذَا عَجَزَ لا يُرَدُّ إلى الرِّقِّ لأَنَّهُ إسقَاطٌ لا إلى أَحَدٍ فَلا يَقبَلُ الفَسخَ، بِخِلافِ الكِتَابَةِ المَقصُودَةِ لأَنَّهُ عَقدٌ يُقَالُ وَيُفسَخُ، وَليسَ فِي الطَّلاقِ وَالعَفوِ عَن القِصَاصِ حَالَةٌ مُتَوَسِّطَةٌ، فَأَثبَتنَاهُ فِي الكُل تَرجِيحًا للمُحَرِّمِ، وَالاستِيلادُ مُتَجَزِّئٌ عِندَهُ، حَتَّى لو استَولَدَ نَصِيبَهُ مِن مُدَبَّرَةٍ يَقتَصِرُ عَليهِ. وَفِي القِنَّةِ لَمَّا ضَمِنَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالإِفسَادِ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَكَمُلَ الاستِيلادُ.

الشرح:

(بَابُ **العَبْد يَعْتِقُ بَعْضُهُ**): أَخَّرَ إِعْتَاقَ البَعْضِ عَنْ إِعْتَاقِ الكُل لكَوْنه مُخْتَلفًا فيه وَالْمُتَفَقُ عَلَيْه أَوْلى بالتَّقْديم (وَإِذَا **أَعْتَقَ المَوْلى بَعْضَ عَبْده** عَتَقَ ذَلكَ القَدْرُ وَيَسْعَى في بَقيَّة قيمَته لمَوْلاهُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَقَالا: يَعْتِقُ كُلُّهُ. وَأَصْلُهُ أَنَّ الإعْتَاقَ يَتجزَّأُ عنْدَهُ فَيَقْتَصرُ عَلَى مَا أَعْتَقَ وَعنْدَهُمَا لا يَتجزَّأُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافعيِّ) يَعْني إذَا كَانَ الْمُعْتقُ وَاحدًا أَوْ مُوسرًا إنْ كَانَ العَبْدُ مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا إذَا كَانَ مُعْسرًا فَملكُ السَّاكت بَاق كَمَا كَانَ حَتَّى جَازَ لهُ أَنْ يَبيعَ وَيَهَبَ عَلى مَا يَجيءُ، وَكُلُّ مَا لا يَتجزَّأُ (فَإِضَافَتُهُ إِلى البَعْضِ كَإِضَافته إلى الكُل فلهَذَا يَعْتِقُ كُلُّهُ).

قَال صَاحبُ الميزَان: المَعْنَى منْ قَوْلنَا الإعْتَاقُ يَتجزَّأُ ليْس هُوَ أَنَّ ذَات القَوْل يَتجزَّأُ أَوْ حُكْمَهُ يَتجزَّأُ لأَنَّهُ مُحَالٌ بَل مَعْنَى ذَلكَ أَنَّ المَحَل في قَبُول حُكْم الإعْتَاق يَتجزَّأُ فَيَتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ في النِّصْف دُونَ النِّصْف. وَحَاصلُ الخلاف رَاجعٌ إلى أَنَّ إعْتَاقَ النِّصْف هَل يُوجبُ زَوَال الرِّقِّ عَنْ المَحَل كُله أَمْ لا؟ عنْدَهُ لا يُوجبُ بَل يَبْقَى كُلُّ المَحَل رَقيقًا وَلكنْ زَال الملكُ بقَدْره. وَعنْدَهُمَا يُوجبُ زَوَال الرِّقِّ عَنْ الكُل (لَهُمْ أَنَّ الإعْتَاقَ إثْبَاتُ العتْق الذي هُوَ قُوَّةٌ حُكْميَّةٌ وَإِثْبَاتُهَا بإِزَالة ضدِّهَا الذي هُوَ الرِّقُّ) لأَنَّ المَحَل لا يَخْلُو عَنْ أَحَدهمَا، فَإِزَالَةُ أَحَدهمَا تُوجبُ إثْبَاتَ الآخَر وَهُمَا لا يَتَجزَّآن

بالاتِّفَاق، فَكَذَلكَ الإعْتَاقُ وَإلا لزِمَ تَخلُّفُ المَعْلُول عَنْ العلة أَوْ تَجزِّي العتْق، لأَنَّهُ إذَا تَجزَّأ فَإمَّا أَنْ يَثْبُتَ بإعْتَاق البَعْضِ عتْقُ كُل الرَّقَبَة أَوْ لا يَثْبُتَ شَيْءٌ أَوْ يَثْبُتَ بَعْضُهُ، وَعَلى كُلٌ مِنْ الأَوَّلَيْنِ يَلزَمُ تَخلُّفُ المَعْلُول عَنْ العلة وَعَلى الأَخير يَلزَمُ تَجزِّي العتْقِ (فَصَارَ) الإعْتَاقُ (كَالطَّلاق وَالعَفْو عَنْ القصَاصِ وَالاسْتِيلاد) في عَدَمِ التَّجزُّؤ.

فَإنْ قُلت: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الإعْتَاقَ عِنْدَ الشَّافعيِّ إسْقَاطٌ كَالطَّلاق فَكَيْفَ جَعَلَهُ هَاهُنَا إثْبَاتًا للعتْق.

قُلت: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فَعَل ذَلكَ بِطَرِيقِ التَّغْليبِ غَلبَ جِهَتَهُمَا عَلى جِهَته فَقَال لَهُمْ إنَّ الإعْتَاقَ إلخْ (وَلأَبِي حَنيفَةَ أَنَّ الإعْتَاقَ إثْبَاتُ العتْقِ بإزَالة الملك) وَهُوَ الوَصْفُ الشَّرْعيُّ المُطْلَقُ للتَّصرُّف (أَوْ هُوَ) أَيْ الإعْتَاقُ (إزَالةُ الملك) لا إثْبَاتُ العتْق بإزَالة ضدِّه الذي هُوَ الرِّقُّ وَلا هُوَ إزَالةُ الرِّقِّ ليَلزَمَ عَدَمُ التَّجزُّؤ (لأَنَّ الملكَ حَقُّهُ) أَيْ حَقُّ المُعْتقِ (وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرْعِ) لأَنَّ الكَافرَ لَمَّا اسْتَنْكَفَ أَنْ يَكُونَ عَبْدًا لله جَازَاهُ اللهُ فَصَيَّرَهُ عَبْدَ عَبْده (أَوْ حَقُّ العَامَّة) لأَنَّ الغَانمينَ كَمَا يَقْتَسِمُونَ غَيْرَ الرَّقيق يَقْتَسِمُونَهُ (وَحُكْمُ التَّصرُّف مَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلايَة المُتَصرِّف وَهُوَ إزَالةُ حَقِّه لا حَقِّ غَيْرِه) وَهَذَا كَمَا تَرَى بِنَاءٌ لكَلامه عَلى أَحَد أَمْرَيْنِ كُلٌّ مِنْهُمَا مُسْتَقلٌّ بِإفَادَة المَطْلُوب، وَتَقْرِيرُهُ الإعْتَاقَ إثْبَاتُ العتْقِ بإزَالة الملك وَالملكُ مُتَجزٌّ فَالإعْتَاقُ كَذَلكَ، وَإنَّمَا قُلنَا بأَنَّهُ إثْبَاتُ العتْق بإزَالة الملك لا بإزَالة الرِّقِّ لأَنَّ الإعْتَاقَ تَصرُّفٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ تَصرُّفٌ لا يَتَعدَّى وِلايَةَ المُتَصرِّف فَالإعْتَاقُ لا يَتَعدَّى وِلايَةَ المُتَصرِّف، وَوِلايَةُ المُتَصرِّف إنَّمَا تَكُونُ عَلى مَا هُوَ حَقُّهُ وَحَقُّهُ الملكُ فَوِلايَتُهُ إنَّمَا تَكُونُ عَلى الملك، وَأَمَّا أَنَّ الملكَ مُتَجزٌّ فَذَلكَ بالإجْمَاع لكنَّهُ تَعَلقَ به أَمْرٌ غَيْرُ مُتَجزٍّ وَهُوَ العتْقُ وَتَعَلُّقُهُ به لا يَسْتَلزِمُ تَجزِئَتَهُ وَلا تَجزِئَةَ علته كَجَوَاز الصَّلاة فَإنَّهُ أَمْرٌ غَيْرُ مُتَجزٍّ تَعَلقَ بمُتَجزٍّ وَهُوَ الأَرْكَانُ، وَكَذَلكَ الطَّهَارَةُ أَمْرٌ غَيْرُ مُتَجزٍّ تَعَلقَ بمُتَجزٍّ وَهُوَ غَسْلُ الأَعْضَاءِ المَفْرُوضَة وَلَمْ يَسْتَلزِمْ تَجزِئَتَهَا وَلا علتَهَا وَهيَ إرَادَةُ الصَّلاة. هَذَا تَقْرِيرُ أَحَد الأَمْرَيْن.

وَتَقْرِيرُ الآخَر: الإعْتَاقُ إزَالةُ الملك وَالملكُ مُتَجزٌّ، فَالإعْتَاقُ إزَالةُ مُتَجزٍّ وَإزَالةُ المُتَجزِّئ مُتَجزٌّ. وَبَيَانُ ذَلكَ مَا ذَكَرْنَاهُ وَهَذَا أَسْهَلُ مَأْخَذًا، ثُمَّ إذَا تَجزَّى الإعْتَاقُ بزَوَال بَعْضِ الملكِ احْتَبَسَ مَاليَّةُ نِصْفِ العَبْد عِنْدَهُ فَتَجبُ عَليْه السِّعَايَةُ (وَالمُسْتَسْعَى بمَنْزِلة

المُكَاتَب عِنْدَهُ) أيْ عِنْدَ أبِي حَنِيفَةَ (لأنَّ الإضَافَةَ) أيْ إضَافَةَ الإعْتَاق (إلى البَعْضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ المَالكيَّة) للعَبْد (فِي الكُل) باعْتبَارِ العتْقِ لأنَّهُ لا يَتجزَّأُ (وَبَقَاءُ الملك فِي بَعْضه يَمْنَعُهُ) عَنْ ثُبُوت المَالكيَّة فِي الكُل باعْتبَار الرِّقِّ فإنَّهُ لا يَتجزَّأُ، فَقَدْ اجْتَمَعَ فِي العَبْد مَا يُوجِبُ ثُبُوتَ المَالكيَّة فِي الكُل وَمَا يُوجِبُ بَقَاءَ الملك فِي الكُل، وَالعَمَلُ بالدَّليلَيْنِ مُمْكنٌ بإنْزَاله مُكَاتَبًا فَعملنا بهمَا وَجَعَلنَاهُ مُكَاتَبًا لأنَّ المُكَاتَبَ مَالكٌ يَدًا وَمَمْلُوكٌ رَقَبَةً كَالمُسْتَسْعَى، وَيَجُوزُ أنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ إذْ هُوَ أيْ مُعْتَقُ البَعْضِ مَالكٌ يَدًا لأجْل السِّعَايَة مَمْلُوكٌ رَقَبَةً كَالمُكَاتَب، وَيَجُوزُ أنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: إضَافَةُ العتْقِ إلى البَعْضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ مَالكيَّته فِي الكُل كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا، وَبَقَاءُ الملك فِي بَعْضه يَمْنَعُهُ كَمَا هُوَ قَوْلُ أبِي حَنِيفَةَ، فَقُلنَا إنَّهُ حُرٌّ يَدًا مَمْلُوكٌ رَقَبَةً كَالمُكَاتَب عَمَلا بالدَّليلَيْنِ. وَإذَا كَانَ المُسْتَسْعَى كَالمُكَاتَب كَانَتْ السِّعَايَةُ كَبَدَل الكتَابَة (فَلهُ أنْ يَسْتَسْعيَهُ وَلهُ خيَارُ أنْ يُعْتقَهُ لأنَّ المُكَاتَبَ قَابلٌ للإعْتَاق).

فَإنْ قيل: لوْ كَانَ بمَنْزلة المُكَاتَب لعَادَ رَقيقًا إذَا عَجزَ. أجَابَ بقَوْله (غَيْرَ أنَّهُ إذَا عَجزَ لا يُرَدُّ رَقيقًا لأنَّهُ إسْقَاطٌ لا إلى أحَد) وَالإسْقَاطُ لا إلى أحَد ليْسَ فيه مَعْنَى المُعَاوَضَة لا أنَّهَا إنَّمَا تَتحقَّقُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَإذَا لمْ يَتحقَّقْ فيه مَعْنَى المُعَاوَضَة لا يَقْبَلُ الفَسْخَ (بخلاف الكتَابَة المَقْصُودَة) فَإنَّهَا إسْقَاطٌ منْ المَوْلى إلى المُكَاتَب إقْدَارًا عَلى تَحْصيل بَدَل الكتَابَة فَكَانَ فيهَا مَعْنَى المُعَاوَضَة فَيُقَالُ وَيُفْسَخُ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخ لأنَّهُ إسْقَاطٌ لا إلى أجَل: يَعْني بخلاف الكتَابَة المَقْصُودَة فَإنَّ الإسْقَاطَ فيهَا إلى أجَلٍ وَهُوَ وَقْتُ أدَاء البَدَل. وَقَوْلُهُ (وَليْسَ فِي الطَّلاق وَالعَفْو عَنْ القصَاص حَالةٌ مُتَوَسِّطَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمْ فَصَارَ كَالطَّلاق وَالعَفْو عَنْ القصَاص. وَوَجْهُهُ أنَّا لمْ نُثْبتْ العتْقَ فِي الكُل لإمْكَان العَمَل بالدَّليلَيْنِ بوُجُود حَالة مُتَوَسِّطَة بَيْنَ الحُرِّيَّة وَالرِّقِّ وَهيَ الكتَابَةُ يُصَارُ إليْهَا، وَليْسَ فِي الطَّلاق وَالعَفْو ذَلكَ (فَأثْبَتْنَاهُ فِي الكُل تَرْجيحًا للمحْرَم، وَأمَّا الاسْتيلادُ فَهُوَ مُتَجزٍّ عنْدَهُ حَتَّى لوْ اسْتَوْلدَ نَصيبَهُ منْ مُدَبَّرَة يَقْتَصرُ عَليْه) حَتَّى لوْ مَاتَ المُسْتَوْلدُ عَتَقَ منْ جَميع مَاله.

فَإنْ قيل: لوْ كَانَ الاسْتيلادُ مُتَجزِّئًا لاطَّرَدَ فِي القنَّة أيْضًا. أجَابَ بأنَّهُ إنَّمَا لمْ يَتجزَّأْ فِي القنَّة لأنَّ المُسْتَوْلدَ لمَّا ضَمنَ نَصيبَ صَاحبه بالإفْسَاد ملكَهُ بالضَّمَان فَكَمَّل

الاسْتِيلادَ وَصَارَ كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ نَفْسِه لا أَنَّ الاسْتِيلادَ عِنْدَهُ غَيْرُ مُتَجَزٍّ

(وَإِذَا كَانَ العَبدُ بَينَ شَرِيكَينِ فَأَعتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ)، فَإِن كَانَ مُوسِرًا فَشَرِيكُهُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَعتَقَ، وَإِن شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِن شَاءَ استَسعَى العَبدَ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ) وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَنُوقِشَ مُنَاقَشَةً لفْظِيَّةً، وَهِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لا يَثْبُتُ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْ العِتْقِ فَمَا وَجْهُ صِحَّة قَوْلِه عَتَقَ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ بِه ثَبَتَ اسْتِحْقَاقُ العِتْقِ أَوْ زَال مِلكُ الشَّرِيك مَعَ بَقَاءِ الرِّقِّ فِي كُل العَبْد.

فَإِن ضَمِنَ رَجَعَ المُعتِقُ عَلَى العَبدِ (وَالوَلاءُ للمُعتِقِ، وَإِن أَعتَقَ أَو استَسعَى فَالوَلاءُ بَينَهُمَا، وَإِن كَانَ المُعتِقُ مُعسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ أَعتَقَ وَإِن شَاءَ استَسعَى العَبدَ) وَالوَلاءُ بَينَهُمَا فِي الوَجهَينِ. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (فَالوَلاءُ بَيْنَهُمَا) يُشِيرُ إلى أَنَّ الاخْتِلافَ فِي صِفَة السَّبَبِ بِأَنْ يَكُونَ إعْتَاقُ أَحَدهِمَا بِمَالٍ وَإِعْتَاقُ الآخَرِ بِدُونه لا يُنَافِي ثُبُوتَ الوَلاءِ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا.

(وَقَالا: لَيسَ لَهُ إلا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ وَالسِّعَايَةُ مَعَ الإِعسَارِ، وَلا يَرجِعُ المُعتِقُ عَلَى العَبدِ وَالوَلاءُ للمُعتِقِ) وَهَذِهِ المَسأَلَةُ تُبتَنَى عَلَى حَرفَينِ: أَحَدُهُمَا: تَجزِيءُ الإِعتَاقِ وَعَدَمُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالثَّانِي: أَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ لا يَمنَعُ سِعَايَةَ العَبدِ عِندَهُ وَعِندَهُمَا يَمنَعُ. لهُمَا فِي الثَّانِي قَولُهُ ﷺ فِي الرَّجُل يُعتِقُ نَصِيبَهُ، إن كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِن كَانَ فَقِيرًا سَعَى فِي حِصَّةِ الآخَرِ، قَسَّمَ وَالقِسمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لهُمَا فِي الثَّانِي) يَعْنِي أَنَّ يَسَارَ **المُعْتِقِ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ** «قَوْلُهُ ﷺ فِي الرَّجُلِ يَعْتِقُ نَصِيبَهُ إنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى فِي حِصَّة الآخَرِ»[1] وَالقِيَاسُ فِيهِ أَحَدُ الأَمْرَيْنِ، إمَّا وُجُوبُ الضَّمَانِ عَلَى المُعْتِقِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لأَنَّهُ

---

(١) أخرجه البخاري في الشركة باب ٥، ١٤، والعتق باب ٥، ومسلم في العتق (٣، ٤).

بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ مُفْسِدٌ عَلَى الشَّرِيكِ نَصِيبَهُ بِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ اسْتِدَامَةُ مِلْكِهِ وَالتَّصَرُّفُ فِي نَصِيبِهِ وَضَمَانُ الإِفْسَادِ لا يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَإِمَّا عَدَمُ وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى المُعْتِقِ بِحَالٍ لأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي نَصِيبِ نَفْسِهِ وَالمُتَصَرِّفُ فِي مِلْكِهِ لا يَكُونُ مُتَعَدِّيًا وَلا يَلزَمُهُ الضَّمَانُ، وَإِنْ تَعَدَّى ضَرَرُ تَصَرُّفِهِ إِلَى مِلْكِ الغَيْرِ كَمَنْ **سَقَى أَرْضَهُ فَنَزَّتْ أَرْضُ جَارِهِ أَوْ أَحْرَقَ الحَصَائِدَ فِي أَرْضِهِ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ مِنْ مِلْكِ جَارِهِ**، وَلَكِنَّهُمَا تَرَكَا القِيَاسَ بِالحَدِيثِ المَرْوِيِّ، رَوَاهُ نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ، وَمِثْلُهُ رَوَى عُرْوَةُ عَنْ عَائِشَةَ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ أَنَّهُ (قَسْمٌ وَالقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ) وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ.

وَلَهُ أَنَّهُ احتَبَسَت مَاليَّةُ نَصِيبِهِ عِندَ العَبدِ فَلَهُ أَن يُضَمِّنَهُ كَمَا إذَا هَبَّت الرِّيحُ فِي ثَوبِ إنسَانٍ وَأَلقَتهُ فِي صَبغِ غَيرِهِ حَتَّى انصَبَغَ بِهِ فَعَلَى صَاحِبِ الثَّوبِ قِيمَةُ صَبغِ الآخَرِ مُوسِرًا كَانَ أَو مُعسِرًا لِمَا قُلنَا فَكَذَا هَاهُنَا، إلا أَنَّ العَبدَ فَقِيرٌ فَيَستَسعِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لِمَا قُلنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ العَبْدَ فَقِيرٌ فَيَسْتَسْعِيهِ) قِيلَ عَلَيْهِ إِذَا سَعَى، فَالقِيَاسُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى المُعْتِقِ لأَنَّهُ هُوَ الذِي وَرَّطَهُ وَصَارَ كَالعَبْدِ المَرْهُونِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا سَعَى.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ عُسْرَةَ المُعْتِقِ تَمْنَعُ وُجُوبَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِلسَّاكِتِ فَكَذَلِكَ تَمْنَعُهُ لِلعَبْدِ، وَالعَبْدُ إِنَّمَا **سَعَى فِي بَدَلِ رَقَبَتِهِ وَمَالِيَّتِهِ وَقَدْ سَلِمَ لَهُ ذَلِكَ** فَلا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ، بِخِلافِ المَرْهُونِ فَإِنَّ سِعَايَتَهُ لَيْسَتْ فِي بَدَلِ رَقَبَتِهِ بَلْ فِي الدَّيْنِ الثَّابِتِ فِي ذِمَّةِ الرَّاهِنِ، وَمَنْ كَانَ مُجْبَرًا عَلَى قَضَاءِ دَيْنٍ فِي ذِمَّةِ الغَيْرِ مِنْ غَيْرِ التِزَامٍ مِنْ جِهَتِهِ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِهِ عَلَيْهِ كَمَا فِي مُعِيرِ الرَّهْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا ذُكِرَ مِنْ وَجْهِ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّمَا هُوَ قِيَاسٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ وَهُوَ بَاطِلٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَسَمَ عَلَى وَجْهِ الشَّرْطِ لأَنَّهُ ﷺ عَلقَ الاسْتِسْعَاءَ بِفَقْرِ المُعْتِقِ، وَهُوَ لا يُنَافِي الاسْتِسْعَاءَ عِنْدَ عَدَمِهِ لأَنَّ المُعَلقَ بِالشَّرْطِ يَقْتَضِي الوُجُودَ عِنْدَ الوُجُودِ وَلا يَقْتَضِي العَدَمَ عِنْدَ العَدَمِ، فَجَازَ أَنْ تَثْبُتَ السِّعَايَةُ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلِيلِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ وَجْهِ أَبِي حَنِيفَةَ.

ثُمَّ المُعتَبَرُ يَسَارُ التَّيسِيرِ، وَهُوَ أَن يَملكَ مِن المَال قدرَ قِيمَةِ نَصِيبِ الآخَرِ لا يَسَارُ الغِنَى، لأنَّ بِهِ يَعتَدِلُ النَّظَرُ مِن الجَانِبَينِ بِتَحقِيقِ مَا قَصَدَهُ المُعتِقُ مِن القُربَةِ وَإِيصَال بَدَل حَقِّ السَّاكِتِ إليهِ، ثُمَّ التَّخرِيجُ على قَولهِمَا ظَاهِرٌ، فَعَدَمُ رُجُوعِ المُعتِقِ بِمَا ضَمِنَ عَلى العَبدِ لعَدَمِ السِّعَايَةِ عَليهِ فِي حَالَةِ اليَسَارِ وَالوَلاءُ للمُعتِقِ لأنَّ العِتقَ كُلهُ مِن جِهَتِهِ لعَدَمِ التَّجزِيءِ. وَأَمَّا التَّخرِيجُ عَلى قَولِه فَخِيَارُ الإِعتَاقِ لقِيَامِ مِلكِهِ فِي البَاقِي إذ الإعتَاقُ يَتَجزَّأُ عِندَهُ، وَالتَّضمِينُ لأنَّ المُعتِقَ جَانٍ عَليهِ بِإِفسَادِهِ نَصِيبَهُ حَيثُ امتَنَعَ عَليهِ البَيعُ وَالهِبَةُ وَنَحوُ ذَلكَ مِمَّا سِوَى الإِعتَاقِ وَتَوَابِعِهِ، وَالاستِسعَاءُ لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (ثُمَّ المُعْتَبَرُ يَسَارُ التَّيْسِيرِ وَهُوَ أَنْ يَمْلكَ مِنْ المَال قَدْرَ قِيمَة نَصِيبِ الآخَرِ لا يَسَارَ الغَنِيِّ وَهُوَ ملكُ النِّصَاب) هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة. وَلَمْ يَسْتَثْنِ الكَفَافَ وَهُوَ المَنْزِلُ وَالخَادِمُ وَثِيَابُ البَدَنِ، وَالحَسَنُ قَدْ رَوَى اسْتِثْنَاءَهُ. **وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ العَبْد في الضَّمَان وَالسِّعَايَة يَوْمَ العتْقِ**، وَكَذَا حَالُ المُعْتِق في يَسَاره وَإعْسَاره، فَإِنْ **قَال المُعْتِقُ أَعْتَقْت وَأَنَا مُعْسِرٌ وَقَال السَّاكِتُ بخلافه** نَظَرَ إلَيْه يَوْمَ ظَهَرَ العتْقُ كَمَا في الإجَارَة إذَا اخْتَلفَا في انْقطَاعِ المَاءِ وَجَرَيَانه. وَقَوْلُهُ لا يَسَارُ الغَنِيِّ إشَارَةٌ إلى نَفْيِ مَا ذَهَبَ إليْه بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الشَّرْطَ يَسَارُ الغَنِيِّ، حَتَّى لوْ مَلكَ قَدْرَ نَصِيبِ الشَّرِيك وَهُوَ أَقَلُّ مِنْ النِّصَاب كَانَ مُعْسِرًا اعْتبَارًا لليَسَار المَعْهُود.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ به) أَيْ بِيَسَار التَّيْسِير (يَعْتَدلُ النَّظَرُ مِنْ الجَانبَيْن) جَانب المُعْتق وَالسَّاكت (بتَحْقيق مَا قَصَدَهُ المُعْتقُ منْ القُرْبَة وَإيصَال بَدَل حَقِّ السَّاكت إليْه) وَهَذَا لأَنَّ قَصْدَ المُعْتق بالإعْتَاق القُرْبَةُ، وَتَمَامُ ذَلكَ بعتْق مَا بَقيَ وَذَلكَ إنَّما يَحْصُلُ بإيصَال حَقِّ السَّاكت إليْه، وَإذَا مَلكَ مقْدَارَ حَقِّه منْ المَال تَمَكَّنَ منْ إتْمَام قَصْده وَإيصَال بَدَل حَقِّ السَّاكت إليْه فَلا مَعْنَى للعُدُول إلى غَيْره.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ التَّخْرِيجُ عَلى قَوْلهمَا ظَاهرٌ) يَعْني إذَا عَلمَ أَنَّ هَذه المَسْأَلةَ مَبْنيَّةٌ عَلى حَرْفَيْن: أَيْ أَصْليْن. بَقيَ الكَلامُ في التَّخْريج وَهُوَ عَلى قَوْلهمَا ظَاهرٌ لأَنَّ الإعْتَاقَ إذَا لمْ يَكُنْ مُتَجَزِّئًا كَانَ المُعْتقُ مُوقعًا للعتْق في النَّصيبَيْن جَميعًا وَيَسَارُهُ مَانعٌ عَنْ السِّعَايَة فَوَجَبَ عَليْه الضَّمَانُ وَانْتَفَتْ السِّعَايَةُ فَلا يَرْجعُ المُعْتقُ بمَا ضَمنَ عَلى العَبْد لعَدَم

السِّعَايَةِ عَلَيْهِ فِي حَالِ اليَسَارِ للأَصْلِ الثَّانِي، فَلَوْ رَجَعَ لكَانَ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ (وَالوَلاءُ للمُعْتِقِ لأَنَّ العِتْقَ كُلَّهُ مِنْ جِهَتِهِ) للأَصْلِ الأَوَّلِ (وَأَمَّا التَّخْرِيجُ عَلى قَوْلِهِ فَخِيَارُ الإِعْتَاقِ) للشَّرِيكِ بِنَاءً عَلى الحَرْفِ الأَوَّلِ لأَنَّ الإِعْتَاقَ إِذَا كَانَ مُتَجَزِّئًا كَانَ مِلْكُهُ فِي البَاقِي قَائِمًا فَجَازَ إِعْتَاقُهُ، وَأَمَّا التَّضْمِينُ فَلأَنَّ المُعْتِقَ جَانٍ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ البَيْعُ وَالهِبَةُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا سِوَى الإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ مِنْ التَّدْبِيرِ وَالكِتَابَةِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: التَّضْمِينُ عَلى مَذْهَبِهِ لا يَعْتَمِدُ عَلى أَحَدِ الأَصْلَيْنِ.

أَمَّا عَلى الأَصْلِ الثَّانِي فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا عَلى الأَصْلِ الأَوَّلِ فَلأَنَّ التَّجَزُّؤَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا عَنْ الضَّمَانِ فَلا يَكُونُ مُوجِبًا لهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ الحَرْفَيْنِ مَبْنَى المَسْأَلَةِ مِنْ حَيْثُ المَذْهَبَانِ لا مِنْ حَيْثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَالضَّمَانُ فِي مَذْهَبِهِمَا مُعْتَمِدٌ عَلى عَدَمِ التَّجَزُّؤِ لا مَحَالَةَ. عَلى أَنَّا نَقُولُ: إِنَّ التَّجَزُّؤَ إِنْ لَمْ يُوجِبْ الضَّمَانَ مِنْ حَيْثُ هُوَ تَجَزٌّ يُوجِبُهُ مِنْ حَيْثِيَّةٍ أُخْرَى وَهُوَ إِفْسَادُ النَّصِيبِ فَكَانَ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ فِي الجُمْلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالاسْتِسْعَاءُ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ وَالتَّضْمِينُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ وَلهُ أَنَّهُ احْتُبِسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ عِنْدَ العَبْدِ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلى الأَصْلِ الثَّانِي.

وَيَرجِعُ المُعتِقُ بِمَا ضَمِنَ عَلى العَبدِ لأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ السَّاكِتِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَقَد كَانَ لهُ ذَلكَ بِالاستِسعَاءِ فَكَذَلكَ للمُعتِقِ وَلأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمنًا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الكُل لهُ وَقَد عَتَقَ بَعضُهُ فَلَهُ أَن يُعتِقَ البَاقِيَ أَو يَستَسعِيَ إِن شَاءَ، وَالوَلاءُ للمُعتِقِ فِي هَذَا الوَجهِ لأَنَّ العِتقَ كُلَّهُ مِن جِهَتِهِ حَيثُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ.

وَفِي حَال إِعسَارِ المُعتِقِ إِن شَاءَ أَعتَقَ لبَقَاءِ مِلكِهِ، وَإِن شَاءَ استَسعَى لِمَا بَيَّنَّا، وَالوَلاءُ لهُ فِي الوَجهَينِ لأَنَّ العِتقَ مِن جِهَتِهِ، وَلا يَرجِعُ المُستَسعِي عَلى المُعتِقِ بِمَا أَدَّى بِإِجمَاعٍ بَينَنَا لأَنَّهُ يَسعَى لفِكَاكِ رَقَبَتِهِ أَو لا يَقضِي دَينًا عَلى المُعتَقِ إِذ لا شَيءَ عَليهِ لعُسرَتِهِ، بِخِلافِ المَرهُونِ إِذَا أَعتَقَهُ الرَّاهِنُ المُعسِرُ لأَنَّهُ يَسعَى فِي رَقَبَةٍ قَد فُكَّت أَو يَقضِي دَينًا عَلى الرَّاهِنِ فَلهَذَا يَرجِعُ عَليهِ.

وَقَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي المُوسِرِ كَقَولِهِمَا. وَقَال فِي المُعسِرِ: يَبقَى نَصِيبُ السَّاكِتِ عَلى مِلكِهِ يُبَاعُ وَيُوهَبُ لأَنَّهُ لا وَجهَ إِلى تَضمِينِ الشَّرِيكِ لإِعسَارِهِ وَلا إِلى السِّعَايَةِ لأَنَّ العَبدَ ليسَ بِجَانٍ وَلا رَاضٍ بِهِ، وَلا إِلى إِعتَاقِ الكُل للإِضرَارِ بِالسَّاكِتِ

فتَعَيَّنَ مَا عيَّنَاهُ. قُلنَا: إلى الاستِسعَاءِ سَبِيلٌ لأنَّهُ لا يَفتَقِرُ إلى الجِنَايَةِ بَل تُبتَنَى السِّعَايَةُ عَلَى احتِبَاسِ المَاليَّةِ فَلا يُصَارُ إلى الجَمعِ بَينَ القُوَّةِ المُوجِبَةِ للمَالكِيَّةِ وَالضَّعفِ السَّالبِ لهَا فِي شَخصٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

(وَيَرْجِعُ المُعْتِقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبْدِ لأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ السَّاكِت بأَدَاءِ الضَّمَان وَقَدْ كَانَ لهُ ذَلكَ) أَيْ أَخْذُ القِيمَةِ (بالاسْتِسْعَاءِ) بنَاءً عَلى الأَصْل الثَّاني، فَكَذَا مَنْ قَامَ مَقَامَهُ كَالمُدبَّر إذَا قُتل فِي يَد الغَاصِب وَضَمِنَ القِيمَةَ كَانَ لهُ أَنْ يَرْجِعَ بمَا ضَمِنَ عَلى القَاتل (وَلأَنَّهُ مَلكَهُ بأَدَاءِ الضَّمَان ضِمْنًا فَصَارَ كَأَنَّ الكُل لهُ وَقَدْ أَعْتَقَ بَعْضَهُ فَلهُ أَنْ يُعْتِقَ البَاقِيَ أَوْ يَسْتَسْعِي إنْ شَاءَ) وَقَوْلُهُ ضِمْنًا جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ المُكَاتَبُ لا يَقْبَلُ النَّقْل وَالمُسْتَسْعَى كَالمُكَاتَب فَكَيْفَ قِيل ذَلكَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلكَ ضِمْنيٌّ وَالضِّمْنيَّاتُ لا تُعْتَبَرُ.

وَقَوْلُهُ (وَالوَلاءُ للمُعْتِقِ فِي هَذَا الوَجْه) يَعْني إذَا ضَمِنَ المُعْتِقُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله احْتَبَسَتْ مَاليَّةُ نَصيبه. وَقَوْلُهُ (وَلا يَرْجِعُ المُسْتَسْعَى عَلى المُعْتِقِ) ظَاهِرٌ، وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ جَوَابًا لسُؤَالٍ. قَوْلُهُ (وَقَوْلُ الشَّافعيِّ فِي المُوسِرِ) بَيَانٌ لمَوْضِعِ خلاف الشَّافعيِّ، فَإِنَّهُ ذُكرَ فِي أَوَّل البَابِ مُطْلقًا فَاحْتَاجَ إلى أَنْ يُبَيِّنَهُ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ وَلا رَاضٍ به) أَيْ بالإعْتَاق لأَنَّ الرِّضَا إنَّمَا يَتَحقَّقُ بَعْدَ العلمِ وَالمَوْلى مُنْفَرِدٌ بالإعْتَاق وَلا يَكُونُ العَبْدُ عَالمًا به فَلا يَكُونُ رَاضيًا. وَقَوْلُهُ (فَتَعَيَّنَ مَا عَيَّنَّاهُ) يَعْني عِتْقَ مَا عَتَقَ وَرِقَّ مَا رُقَّ (وَقُلنَا إلى الاسْتِسْعَاءِ سَبِيلٌ لأَنَّ الاسْتِسْعَاءَ لا يَفْتَقِرُ فِي وُجُوده إلى الجنَايَة) كَمَا فِي إعْتَاق العَبْد المَرْهُون إذَا كَانَ الرَّاهِنُ مُعْسرًا (بَل يَنْبَني عَلى احْتِبَاسِ المَاليَّة) وَهُوَ مَوْجُودٌ كَمَا تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ، وَإذَا كَانَ إلى الاسْتِسْعَاءِ سَبِيلٌ لا يُصَارُ إلى الجَمْعِ بَيْنَ القُوَّة المُوجبَة للمَالكيَّة الحَاصلة منْ إعْتَاق البَعْضِ وَالضَّعْف السَّالب لهَا بصِحَّة البَيْعِ وَأَمْثَاله فِي شَخْصٍ وَاحد.

قَال (وَلو شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِن الشَّرِيكَينِ عَلى صَاحِبِهِ بِالعِتقِ سَعَى العَبدُ لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي نَصِيبِهِ مُوسِرَينِ كَانَا أَو مُعسِرَينِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَكَذَا إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِراً وَالآخَرُ مُعسِراً، لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يَزعُمُ أَنَّ صَاحِبَهُ أَعتَقَ نَصِيبَهُ فَصَارَ مُكَاتَبًا فِي زَعمِهِ عِندَهُ وَحَرُمَ عَلَيهِ الاستِرقَاقُ فَيَصدُقُ فِي حَقِّ نَفسِهِ فَيُمنَعُ مِن

استِرقَاقِهِ وَيَستَسعِيه لأنَّا تَيقَّنَّا بِحَقّ الاستِسعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أو صَادِقًا لأنَّهُ مُكَاتَبُهُ أَو مَملُوكُهُ فَلهَذَا يَستَسعِيَانِهِ، وَلا يَختَلفُ ذَلكَ بِاليَسَارِ وَالإعسَارِ لأنَّ حَقَّهُ فِي الحَالينِ فِي أَحَدِ شَيئَينِ، لأنَّ يَسَارَ المُعتِقِ لا يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُ، وَقَد تَعَذَّرَ التَّضمِينُ لإنكَارِ الشَّرِيكِ فَتَعَيَّنَ الآخَرُ وَهُوَ السِّعَايَةُ، وَالوَلاءُ لهُمَا لأنَّ كُلًّا مِنهُمَا يَقُولُ عَتَقَ نَصِيبُ صَاحِبِي عَليهِ بِإِعتَاقِهِ وَوَلاؤُهُ لهُ، وَعَتَقَ نَصِيبِي بِالسِّعَايَةِ وَوَلاؤُهُ لي.

الشرح:

قَال: (وَلوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ عَلى صَاحِبِه) كَلامُهُ وَاضِحٌ إلا مَا نُنَبِّهُ عَليْه. قَوْلُهُ (بِالعِتْقِ) أَيْ بِالإعْتَاقِ. وَقَوْلُهُ (فِي زَعْمِه) أَيْ فِي زَعْمِ كُل وَاحِد مِنْهُمَا. وَقَوْلُهُ (فَيُصَدَّقُ) يَعْنِي كُل وَاحِد مِنْهُمَا فِي حَقِّ نَفْسِه. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ) أَيْ عَلى تَقْدِيرِ الصِّدْق. وَقَوْلُهُ (أَوْ مَمْلُوكُهُ) يَعْنِي عَلى تَقْدِيرِ الكَذِب فَهُوَ لفٌّ وَنَشْرٌ مُشَوَّشٌ، وَإِنَّمَا تَيقَّنَّا بِحَقِّ الاسْتِسْعَاءِ عَلى التَّقْدِيرَيْنِ لأَنَّ المَوْلى إذَا كَانَ كَاذِبًا فِي قَوْله أَعْتَقَ شَرِيكِي نَصِيبَهُ يَكُونُ الكَسْبُ للمَوْلى، وَالمُرَادُ بِالاسْتِسْعَاءِ هُوَ أَنْ يَكُونَ الكَسْبُ للمَوْلى، وَإِذَا كَانَ صَادِقًا فِي قَوْله أَعْتَقَ الشَّرِيكُ يَكُونُ مُقِرًّا بِأَنَّ العَبْدَ صَارَ مُكَاتَبًا بِاعْتِبَارِ تَجَزِّي الإعْتَاق عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَكَانَ الاسْتِسْعَاءُ حِينَئِذ بِمَنْزِلة أَخْذ بَدَل الكِتَابَة وَذَلكَ أَيْضًا جَائِزٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ حَقَّهُ فِي الحَاليْنِ) أَيْ لأَنَّ حَقَّ المَوْلى فِي حَال اليَسَارِ وَالإعْسَارِ (فِي أَحَدِ شَيْئَيْنِ) أَيْ التَّضْمِين أَوْ الاسْتِسْعَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ لإِنْكَارِ الشَّرِيك) اُعْتُرِضَ عَليْه بِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَذَّرْ التَّضْمِينُ عَلى تَقْدِيرِ التَّحْليف فَإِنَّهُ لمَّا أَنْكَرَ يَحْلفُ، فَإِذَا نَكَل وَجَبَ الضَّمَانُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لمَّا كَانَ مِنْ اعْتِقَاد كُل وَاحِد مِنْهُمَا أَنَّهُ أَعْتَقَهُ صَاحِبُهُ يَحْلفُ وَلمْ يَجِبْ الضَّمَانُ عَلى تَقْدِيرِ الحَلف فَتَتَعَيَّنُ السِّعَايَةُ فَلا فَائِدَةَ فِي التَّحْليف بَل تَتَعَيَّنُ السِّعَايَةُ بِلا تَحْليف لأَنَّ مَآلهُ إليْه.

(وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إن كَانَا مُوسِرَينِ فَلا سِعَايَةَ عَليهِ) لأنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يَبرأُ عَن سِعَايَتِهِ بِدَعوَى العَتَاقِ عَلى صَاحِبِهِ لأنَّ يَسَارَ المُعتِقِ يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُمَا، إلا أنَّ الدَّعوَى لم تَثبُت لإنكَارِ الآخَرِ وَالبَرَاءَةُ عَن السِّعَايَةِ قَد ثَبَتَت لإقرَارِهِ عَلى نَفسِهِ (وَإن كَانَا مُعسِرَينِ سَعَى لهُمَا) لأنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يَدَّعِي السِّعَايَةَ عَليهِ صَادِقًا كَانَ أو كَاذِبًا عَلى مَا بَيَّنَّاهُ إذ المُعتِقُ مُعسِرٌ (وَإن كَانَ أحَدُهُمَا مُوسِرًا

وَالآخَرُ مُعسِرًا سَعَى للمُوسِرِ مِنهُمَا) لأَنَّهُ لا يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلى صَاحِبِهِ لإعسَارِهِ، وَإِنَّمَا يَدَّعِي عَليهِ السِّعَايَةَ فَلا يَتَبَرَّأُ عَنهُ (وَلا يَسعَى للمُعسِرِ مِنهُمَا) لأَنَّهُ يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلى صَاحِبِهِ لِيَسَارِهِ فَيكُونُ مُبَرِّئًا للعَبدِ عَن السِّعَايَةِ، وَالوَلاءُ مَوقُوفٌ فِي جَمِيعِ ذَلكَ عِندَهُمَا لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يُحِيلُهُ عَلى صَاحِبِهِ وَهُوَ يَتَبَرَّأُ عَنهُ فَيَبقَى مَوقُوفًا إلى أَن يَتَّفِقَا عَلى إعتَاقِ أَحَدِهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) يُرِيدُ به قَوْلَهُ لأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحَقِّ الاسْتِسْعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا، كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَقِيل هُوَ إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ لأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ.

(وَلو قَال أَحَدُ الشَّرِيكَينِ إن لم يَدخُل فُلانٌ هَذِهِ الدَّارَ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ، وَقَال الآخَرُ: إن دَخَل فَهُوَ حُرٌّ فَمَضَى الغَدُ وَلا يُدرَى أَدَخَل أَم لا عَتَقَ النِّصفُ وَسَعَى لهُمَا فِي النِّصفِ الآخَرِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يَسعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ) لأَنَّ المَقضَى عَليهِ بِسُقُوطِ السِّعَايَةِ مَجهُولٌ، وَلا يُمكِنُ القَضَاءُ عَلى المَجهُول فَصَارَ كَمَا إذَا قَال لغَيرِهِ لك عَلى أَحَدِنَا أَلفُ دِرهَمٍ فَإِنَّهُ لا يَقضِي بِشَيءٍ للجَهَالةِ، كَذَا هَذَا. وَلهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِسُقُوطِ نِصفِ السِّعَايَةِ لأَنَّ أَحَدَهُمَا حَانِثٌ بِيَقِينٍ، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصفِ كَيفَ يُقضَى بِوُجُوبِ الكُل، وَالجَهَالةُ تَرتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوزِيعِ، كَمَا إذَا أَعتَقَ أَحَدَ عَبدَيهِ لا بِعَينِهِ أَو بِعَينِهِ وَنَسِيَهُ وَمَاتَ قَبل التَّذَكُّرِ أَو البَيَانِ، وَيَتَأَتَّى التَّفرِيعُ فِيهِ عَلى أَنَّ اليَسَارَ يَمنَعُ السِّعَايَةَ أَو لا يَمنَعُهَا عَلى الاختِلافِ الذِي سَبَقَ.

الشرح:

(وَلوْ قَال أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إنْ لَمْ يَدْخُل فُلانٌ هَذه الدَّارَ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ وَقَال الآخَرُ إنْ دَخَل فَهُوَ حُرٌّ فَمَضَى الغَدُ وَلا يَدْرِي أَدَخَل أَمْ لا عَتَقَ النِّصْفُ وَسَعَى لهُمَا فِي النِّصْفِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) لكِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا مُوسِرَيْنِ أَوْ مُعْسِرَيْنِ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعْسِرًا لأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ عِنْدَهُ لا يَمْنَعُ وُجُوبَ السِّعَايَةِ عَلى العَبْدِ، فَحَالُهُمَا فِي اسْتِحْقَاقِ النِّصْفِ البَاقِي عَلى السَّوَاءِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: إنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَكَذَلكَ، وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ لمْ يَسْعَ الوَاحِدُ

مِنْهُمَا فِي شَيْءٍ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَبَرَّأُ عَنْ السِّعَايَةِ وَيَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى شَرِيكِهِ لأَنَّ يَسَارَ الْمُعْتِقِ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعْسِرًا يَسْعَى فِي رُبُعِ قِيمَتِهِ الْمُوسِرُ مِنْهُمَا لأَنَّ الْمُعْسِرَ يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى شَرِيكِهِ وَيَتَبَرَّأُ عَنْ سِعَايَةِ الْعَبْدِ فَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ عَنْهُ، وَالْمُوسِرُ يَدَّعِي السِّعَايَةَ عَلَى الْعَبْدِ فَيَسْعَى لَهُ فِي حِصَّتِهِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَسْعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ) بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ إِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ لَمْ يَسْعَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي شَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعْسِرًا سَعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ لِلْمُوسِرِ مِنْهُمَا لأَنَّ الْمُعْسِرَ يَتَبَرَّأُ عَنْ السِّعَايَةِ وَالْمُوسِرُ يَدَّعِيهَا، فَإِنَّ يَسَارَ الْمُعْتِقِ عِنْدَهُ أَيْضًا يَمْنَعُ وُجُوبَ السِّعَايَةِ. وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا كَانَا مُعْسِرَيْنِ وَأَنَّ الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي السِّعَايَةِ وَهُوَ الْحَانِثُ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ. وَالْمَجْهُولُ لا يَجُوزُ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ (فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ لَكَ عَلَى أَحَدِنَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لا يُقْضَى عَلَيْهِ بِشَيْءٍ لِلْجَهَالَةِ كَذَا هَذَا.

وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِسُقُوطِ نِصْفِ السِّعَايَةِ لأَنَّ أَحَدَهُمَا حَانِثٌ بِيَقِينٍ، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يُقْضَى بِوُجُوبِ الْكُلِّ، وَالْجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ. فَإِنْ قِيلَ: فِي التَّوْزِيعِ فَسَادٌ وَهُوَ إِسْقَاطُ السِّعَايَةِ عَنْ غَيْرِ الْمُعْتِقِ وَإِيجَابُهُ لِلْمُعْتِقِ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ مُتَحَمَّلٌ ضَرُورَةَ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ لأَنَّا لَوْ لَمْ نَقُل بِالتَّوْزِيعِ وَقُلْنَا بِوُجُوبِ كُلِّ السِّعَايَةِ كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْعَبْدِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا بِالتَّوْزِيعِ فَقَدْ كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ غَيْرِ الْمُعْتِقِ مِنْ وَجْهٍ فَكَانَ التَّوْزِيعُ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (وَيَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ فِيهِ) قَدْ أَمْضَيْنَاهُ فِي أَثْنَاءِ الْكَلامِ.

(وَلَو حَلَفَا عَلَى عَبدَينِ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا لأَحَدِهِمَا بِعَينِهِ لم يَعتِق وَاحِدٌ مِنهُمَا) لأَنَّ المَقضِيَّ عَلَيهِ بِالعِتقِ مَجهُولٌ، وَكَذَلكَ المَقضِيُّ لهُ فَتَفَاحَشَت الجَهَالَةُ فَامتَنَعَ القَضَاءُ، وَفِي العَبدِ الوَاحِدِ المَقضِيُّ لهُ وَالمَقضِيُّ بِهِ مَعلُومٌ فَغَلَبَ المَعلُومُ المَجهُول.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ حَلَفَا عَلَى عَبْدَيْنِ) ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلانِ إِلا مَا نَذْكُرُهُ.

(وَإِذَا اشتَرَى الرَّجُلانِ ابنَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الأَبِ) لأَنَّهُ مَلَكَ شِقصَ قَرِيبِهِ

وَشِرَاؤُهُ إعتَاقٌ عَلى مَا مَرَّ (وَلا ضَمَانَ عَليهِ) عَلمَ الآخَرُ أنَّهُ ابنُ شَرِيكِهِ أو لم يَعلم (وَكذَا إذَا وَرِثَاهُ، وَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ أعتَقَ نَصِيبَهُ وَإن شَاءَ استَسعَى العَبدَ) وَهَذَا عِندَ أبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَقَالا: فِي الشِّرَاءِ يَضمَنُ الأبُ نِصفَ قِيمَتِهِ إن كَانَ مُوسِرًا، وَإن كَانَ مُعسِرًا سَعَى الابنُ فِي نِصفِ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِ أبِيهِ، وَعَلى هَذَا الخِلافُ إذَا مَلَكَا، بِهِبَةٍ أو صَدَقَةٍ أو وَصِيَّةٍ، وَعَلى هَذَا إذَا اشتَرَاهُ رَجُلانِ وَأحَدُهُمَا قَد حَلَفَ بِعِتقِهِ إن اشتَرَى نِصفَهُ. لَهُمَا أنَّهُ أبطَل نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالإعتَاقِ لأنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إعتَاقٌ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إذَا كَانَ العَبدُ بَينَ أجنَبِيَّينِ فَأعتَقَ أحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَهُ أنَّهُ رَضِيَ بِإفسَادِ نَصِيبِهِ فَلا يُضَمِّنُهُ، كَمَا إذَا أذِنَ لَهُ بِإعتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، وَدَلالَةُ ذَلكَ أنَّهُ شَارَكَهُ فِيمَا هُوَ عِلَّةُ العِتقِ وَهُوَ الشِّرَاءُ لأنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إعتَاقٌ حَتَّى يَخرُجَ بِهِ عَن عُهدَةِ الكَفَّارَةِ عِندَنَا، وَهَذَا ضَمَانُ إفسَادٍ فِي ظَاهِرِ قَولِهِمَا حَتَّى يَختَلِفَ بِاليَسَارِ وَالإعسَارِ فَيَسقُطَ بِالرِّضَا، وَلا يَختَلِفُ الجَوَابُ بَينَ العِلمِ وَعَدَمِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنهُ لأنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلى السَّبَبِ، كَمَا إذَا قَالَ لِغَيرِهِ: كُل هَذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَملُوكٌ لِلآمِرِ وَلا يَعلَمُ الآمِرُ بِمِلكِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ: (وَلا ضَمَانَ عَلَيْه) أيْ عَلى الأَب. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لوْ وَرِثَاهُ) يَعْنِي بِالاتِّفَاق. وَصُورَتُهُ امْرَأَةٌ اشْتَرَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فَمَاتَتْ عَنْ أخٍ وَزَوْجٍ كَانَ النِّصْفُ لِلزَّوْجِ وَيَعْتِقُ عَلَيْه، أَوْ امْرَأَةٌ لَهَا زَوْجٌ وَأَبٌ وَلَهَا غُلامٌ وَهُوَ أَبُو زَوْجِهَا فَمَاتَتْ المَرْأَةُ صَارَ غُلامُهَا مِيرَاثًا بَيْنَ زَوْجِهَا وَأَبِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَقَالا فِي الشِّرَاءِ) إشَارَةٌ إلى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ الاتِّفَاقِ فِي صُورَةِ الإِرْث.

وَقَوْلُهُ (قَدْ حَلَفَ بِعِتْقِه إنْ اشْتَرَى نِصْفَهُ) إنَّمَا قَيَّدَ بِالنِّصْف، لأَنَّهُ إذَا حَلَفَ بِعِتْقِه ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِشَرِكَةِ الآخَرِ لا يَعْتِقُ عَلَيْه لأَنَّ الشَّرْطَ شِرَاءُ كُل العَبْد وَلَمْ يُوجَدْ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ قَوْلِه مَا ذَكَرَهُ فِيه.

وَتَقْرِيرُهُ: الشَّرِيكُ الآخَرُ رَضِيَ بِإِفْسَاد نَصِيبِه وَمَنْ رَضِيَ بِذَلِكَ لا يَضْمَنُ المُفْسَدَ (كَمَا إذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاق نَصِيبِه صَرِيحًا وَدَلالَةُ ذَلِكَ) أَيْ الدَّلِيلُ عَلَى رِضَاهُ بِإِفْسَاد نَصِيبِه (أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيمَا هُوَ عِلَّةُ العِتْقِ، وَهُوَ الشِّرَاءُ لأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إعْتَاقٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِه

عَنْ عُهْدَةِ الكَفَّارَةِ عِنْدَنَا) وَالْمُشَارَكَةُ فِي عِلَةِ العِتْقِ رِضًا بِالعِتْقِ لا مَحَالَةَ. وَالْمُرَادُ بِالعلة عِلَةُ العلة لأَنَّ الشِّرَاءَ عِلَةُ التَّمَلُّكِ وَالتَّمَلُّكُ فِي القَرِيبِ عِلَةُ العِتْقِ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلى عِلَةِ العلة إِذَا لَمْ تَصْلُحْ العِلَةُ للإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَهَاهُنَا كَذَلِكَ لأَنَّ التَّمَلُّكَ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ يَثْبُتُ بَعْدَ مُبَاشَرَةِ عِلَتِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ، بِخِلافِ الإِرْثِ فَإِنَّهُ لا إِعْتَاقَ هُنَاكَ وَلِهَذَا لا يَخْرُجُ بِهِ عَنْ الكَفَّارَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا ضَمَانُ إِفْسَادٍ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ إِنَّمَا كَانَ الرِّضَا مُسْقِطًا للضَّمَانِ أَنْ لوْ كَانَ ضَمَانَ إِفْسَادٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ ضَمَانَ تَمَلُّكٍ فَلا يَسْقُطُ بِهِ كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الجَارِيَةَ بِإِذْنِهِ فَإِنَّهُ لا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ لأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ إِذْ الاسْتِيلادُ مَوْضُوعٌ لِطَلَبِ الوَلَدِ لا للعِتْقِ، فَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الوَاجِبُ بِهِ ضَمَانَ عِتْقٍ وَهُوَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لهُ فَكَانَ ضَمَانَ تَمَلُّكٍ.

وَوَجْهُ الجَوَابِ أَنَّهُ ضَمَانُ إِفْسَادٍ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا حَتَّى يَخْتَلِفَ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ فَيَسْقُطَ بِالرِّضَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا لأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ هَذَا ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَلا يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ فَلا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَخْتَلِفُ الجَوَابُ بَيْنَ العِلمِ) أَيْ بِالقَرَابَةِ (وَعَدَمِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى السَّبَبِ) أَيْ العِلةِ (كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ كُلْ هَذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ للآمِرِ وَلا يَعْلَمُ الآمِرُ بِمِلكِهِ) وَالسَّبَبُ قَدْ وُجِدَ بِمَا مَرَّ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالقَرَابَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهَا فِي حُكْمِ الضَّمَانِ لأَنَّ الرِّضَا لا يَتَحَقَّقُ إِلا إِذَا كَانَ عَالِمًا بِهَا.

(وَإِن بَدَأَ الأَجنَبِيُّ فَاشتَرَى نِصفَهُ ثُمَّ اشتَرَى الأَبُ نِصفَهُ الآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ فَالأَجنَبِيُّ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ ضَمَّنَ الأَبَ) لأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِإِفسَادِ نَصِيبِهِ (وَإِن شَاءَ استَسعَى الابنَ فِي نِصفِ قِيمَتِهِ) لاحتِبَاسِ مَالِيَّتِهِ عِندَهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ لا يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُ. وَقَالا: لا خِيَارَ لهُ وَيَضمَنُ الأَبُ نِصفَ قِيمَتِهِ لأَنَّ يَسَارَ المُعتِقِ يَمنَعُ السِّعَايَةَ عِندَهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَإِنْ بَدَأَ الأَجْنَبِيُّ) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

(وَمَن اشتَرَى نِصفَ ابنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ فَلا ضَمَانَ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: يَضمَنُ إذَا كَانَ مُوسِرًا) وَمَعنَاهُ إذَا اشتَرَى نِصفَهُ مِمَّن يَملِكُ كُلَّهُ فَلا يَضمَنُ لبَائِعِهِ شَيئًا عِندَهُ، وَالوَجهُ قَد ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَمَنْ اشْتَرَى نِصْفَ ابْنِه وَهُوَ مُوسِرٌ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِه مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ لأَنَّهُ إذَا اشْتَرَى نَصيبَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ مِنْهُ ضَمِنَ للسَّاكِتِ بِالإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (وَالوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه لهُمَا أَنَّهُ أَبْطَل وَلهُ أَنَّهُ رَضِيَ.

(وَإِذَا كَانَ العَبدُ بَينَ ثَلاثَةِ نَفَرٍ فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُم وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ) فَأَرَادُوا الضَّمَانَ فَللسَّاكِتِ أَن يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنًّا وَلا يُضَمِّنَ المُعتِقَ.

الشرح:

قَال: (وَإِذَا **كَانَ العَبْدُ بَيْنَ ثَلاثَة نَفَرٍ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمْ وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَأَرَادُوا الضَّمَانَ**) أَيْ أَرَادَا، لأَنَّ مُرِيدَ الضَّمَانِ إنَّمَا هُوَ السَّاكِتُ وَالمُدَبِّرُ دُونَ المُعْتَقِ، فَكَانَ المُرَادُ بِالجَمْعِ التَّثْنِيَةَ، أَوْ أَطْلَقَ الجَمْعَ بِطَرِيقِ التَّغْلِيبِ (فَللسَّاكِتِ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ وَلا يُضَمِّنَ المُعْتَقَ).

(وَللمُدَبِّرِ أَن يُضَمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا وَلا يُضَمِّنَهُ الثُّلُثَ الذِي ضَمِنَ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا العَبدُ كُلُّهُ للذِي دَبَّرَهُ أَوَّل مَرَّةٍ وَيَضمَنُ ثُلُثَي قِيمَتِهِ لشَرِيكَيهِ مُوسِرًا كَانَ أَو مُعسِرًا) وَأَصلُ هَذَا أَنَّ التَّدبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ خِلافًا لهُمَا كَالإِعتَاقِ لأَنَّهُ شُعبَةٌ مِن شُعَبِهِ فَيَكُونُ مُعتَبَرًا بِهِ، وَلمَّا كَانَ مُتَجَزِّئًا عِندَهُ اقتَصَرَ عَلَى نَصِيبِهِ، وَقَد أَفسَدَ بِالتَّدبِيرِ نَصِيبَ الآخَرِينَ فَلكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ أَو يُعتِقَ أَو يُكَاتِبَ أَو يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ أَو يَستَسعِيَ العَبدَ أَو يَترُكَهُ عَلى حَالهِ لأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ عَلَى مِلكِهِ فَاسِدٌ بِإِفسَادِ شَرِيكِهِ حَيثُ سَدَّ عَليهِ طُرُقَ الانتِفَاعِ بِهِ بَيعًا وَهِبَةً عَلَى مَا مَرَّ، فَإِذَا اختَارَ أَحَدُهُمَا العِتقَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ وَسَقَطَ اختِيَارُهُ غَيرَهُ فَتَوَجَّهَ للسَّاكِتِ سَبَبُ ضَمَانِ تَدبِيرِ المُدَبِّرِ وَإِعتَاقِ هَذَا المُعتَقِ، غَيرَ أَنَّ لهُ أَن يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ليَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ إذ هُوَ الأَصلُ حَتَّى جُعِل الغَصبُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ عَلَى أَصلنَا، وَأَمكَنَ ذَلكَ فِي التَّدبِيرِ لكَونِهِ قَابِلا للنَّقل مِن مِلكٍ إلى مِلكٍ وَقتَ التَّدبِيرِ، وَلا يُمكِنُ ذَلكَ

فِي الإعتَاقِ لأنَّهُ عِندَ ذَلكَ مُكَاتَبٌ أو حُرٌّ عَلى اختِلافِ الأصلين، وَلا بُدَّ مِن رِضَا المَكَاتِبِ بِفَسخِهِ حتَّى يَقبَلَ الانتِقَال فَلِهَذَا يَضمَنُ المُدبَّرُ، ثُمَّ للمُدبَّرِ أن يُضمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لأنَّهُ أَفسَدَ عَليهِ نَصِيبَهُ مُدبَّرًا، وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ المُتلفِ، وَقِيمَةُ المُدبَّرِ ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا عَلى مَا قَالُوا.

الشرح:

وَلِلمُدَبَّرِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُعْتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِه مُدَبَّرًا وَلا يُضَمِّنَهُ الثُّلُثَ الذي ضَمِنَ) وَبَيَانُ ذَلكَ أَنَّ قِيمَةَ العَبْدِ إنْ كَانَتْ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ دِينَارًا مَثَلا فَإِنَّ السَّاكِتَ يُضَمِّنُ الْمُدَبَّرَ تِسْعَةً وَالْمُدَبَّرَ يُضَمِّنُ الْمُعْتِقَ سِتَّةً، وَذَلكَ لأَنَّ قِيمَةَ الْمُدَبَّرِ ثُلُثَا قِيمَة القِنِّ لَمَا نَذْكُرُ، فَبالتَّدْبِيرِ تَلِفَتْ مِنْهُ تِسْعَةٌ فَكَانَ الإتْلافُ بالإعْتَاقِ وَاقِعًا عَلى قِيمَة الْمُدَبَّرِ وَهِيَ ثُلُثَا قِيمَة القِنِّ وَهِيَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَثُلُثُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سِتَّةٌ، فَيُضَمِّنُ الْمُدَبَّرُ الْمُعْتِقَ تلكَ السِّتَّةَ فَقَطْ وَلا يُضَمِّنُهُ التِّسْعَةَ التي هِيَ نَصِيبُ السَّاكِتِ مَعَ تلكَ السِّتَّة التي يُضَمِّنُهُ إِيَّاهَا (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: العَبْدُ للمُدَبَّرِ وَيَضْمَنُ ثُلُثَيْ قِيمَته لشَرِيكَيْه مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) قَوْلُهُ (وَأَصْلُ هَذَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا مَرَّ) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّ الْمُعْتِقَ جَانٍ عَلَيْه بِإِفْسَادِ نَصِيبه حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْه البَيْعُ وَالهِبَةُ إلخْ.

وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ لهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُدَبَّرَ) بَيَانُ حَصْرِ الضَّمَانِ عَلى الْمُدَبَّرِ بَعْدَمَا كَانَ الإِعْتَاقُ أَيْضًا سَبَبَ ضَمَانٍ، وَتَقْرِيرُ ذَلكَ أَنَّ ضَمَانَ الْمُدَبَّرِ ضَمَانُ مُعَاوَضَة وَضَمَانَ الْمُعْتِقِ ضَمَانُ جنَايَة وَإِتْلافٍ، وَالأَصْلُ فِي الضَّمَان هُوَ ضَمَانُ الْمُعَاوَضَة فَلا يُعْدَلُ إلى غَيْرِه إلا عِنْدَ العَجْزِ؛ أَمَّا أَنَّ ضَمَانَ الْمُدَبَّرِ ضَمَانُ مُعَاوَضَة فَلأَنَّهُ يَضْمَنُ مَا أَتْلفَهُ بالتَّدْبِيرِ وَهُوَ كَانَ قَابلا للنَّقْل فَكَانَ ضَمَانُهُ مُقَابَلا بذَلكَ فَانْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَان مُوجِبًا لملك الْمَضْمُون، بخلاف ضَمَان الإعْتَاق فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا أَتْلفَهُ، وَمَا أَتْلفَهُ كَانَ بَعْدَ تَدْبِيرِ الْمُدَبَّرِ وَذَلكَ غَيْرُ قَابلٍ للنَّقْل فَكَانَ ضَمَانُهُ ضَمَانًا منْ غَيْرِ تَمَلُّك الْمَضْمُون وَذَلكَ خَالصُ ضَمَان الجنَايَة، وَأَمَّا أَنَّ الأَصْل فِي الضَّمَان ضَمَانُ الْمُعَاوَضَة فَوَاضحٌ (وَلِهَذَا جَعَلَ الغَصْبَ ضَمَانَ مُعَاوَضَة عَلى أَصْلنَا) وَممَّا يَدُلُّ عَلى أَنَّ ضَمَانَ الْمُدَبَّرِ ضَمَانُ مُعَاوَضَة أَنَّ **مَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَاكْتَسَبَ عِنْدَ الغَاصِب كَسْبًا ثُمَّ أَبَقَ فَلَمْ يَرْجعْ منْ إبَاقه حَتَّى مَاتَ** كَانَ ذَلكَ الكَسْبُ للغَاصِب.

قَال فِي النِّهَايَة، وَالمَسْأَلةُ فِي آخِرِ بَابِ النَّهْيِ مِنْ أُصُول الفقْه لشَمْسِ الأَئمَّة السَّرَخْسِيِّ وَإِنَّمَا يَكُونُ الكَسْبُ لهُ إِذَا كَانَ المُدَبَّرُ ملكًا للغَاصِب عنْدَ أَدَاءِ الضَّمَان، فَلمَّا اُعْتُبرَ ضَمَانُ المُدبَّر وَهُوَ غَيْرُ قَابِلٍ للنَّقْل ضَمَانَ مُعَاوَضَة فَلأَنْ يُعْتَبَرَ ضَمَانُ المُدبَّرِ وَمَا أتْلفَهُ بتَدْبيره قَابلٌ للنَّقْل ضَمَانَ مُعَاوَضَة كَانَ أَوْلى.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ عِنْدَ ذَلكَ مُكَاتَبٌ أَوْ حُرٌّ عَلى اخْتلاف الأَصْليْن) قَال الإِمَامُ جَلالُ الدِّين بْنُ المُصنِّف: هَذَا غَيْرُ مُسْتَقيمٍ وَكَذَا قَوْلُهُ لا بُدَّ مِنْ رِضَا المُكَاتَب بفَسْخه لأَنَّهُ عنْدَ الإِعْتَاق لَيْسَ بمُكَاتَبٍ وَلا حُرٌّ، وَإِنَّمَا يَصيرُ كَذَلكَ بَعْدَ الإِعْتَاق، وَالمُسْتَسْعَى عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِنْ كَانَ بِمَنْزِلةِ المُكَاتَب إلا أَنَّهُ لا يَفْسَخُ بِالعَجْزِ وَلا بِالتَّفَاسُخ، وَإِنَّمَا الصَّحِيحُ أَنْ يُقَال لأَنَّهُ عِنْدَ ذَلكَ مُدَبَّرٌ.

وَأَقُولُ: للسَّاكِت حَقُّ الاسْتِسْعَاءِ وَكُلُّ مَنْ فِيه حَقُّ الاسْتِسْعَاءِ بِمَنْزِلة المُكَاتَب، كَمَا أَنَّ مَنْ فِيه حَقُّ البَيَانِ كَذَلكَ عَلى مَا سَيَجِيءُ فِي هَذَا الكِتَاب فِي مَسْأَلة الثَّابت وَالخَارِجِ وَالدَّاخِل أَنَّ للمَوْلى بَيَانَ حَقِّ الإِيجَاب الأَوَّل فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الثَّابت وَالخَارِجِ، فَمَا دَامَ لهُ حَقُّ البَيَان كَانَ كُلٌّ مِنْهُمَا حُرًّا مِنْ وَجْه عَبْدًا مِنْ وَجْه، فَكَانَ الثَّابتُ كَالمُكَاتَب، فَكَذَا هَاهُنَا مَا دَامَ لهُ حَقُّ السِّعَايَة فِي المُدَبَّرِ كَانَ بِمَنْزِلة المُكَاتَب، وَأَمَّا أَنَّ الكِتَابَةَ تَقْبَلُ الفَسْخَ فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي فَصْل كَفَّارَة الظِّهَار أَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِمُقْتَضَى الإِعْتَاق فَكَذَلكَ تَنْفَسِخُ بِالتَّرَاضِي وَقَوْلُهُ (عَلى مَا قَالُوا) إِشَارَةٌ إِلى أَنَّ فِيه اخْتلافًا. قَال بَعْضُهُمْ: نِصْفُ قِيمَة القِنِّ لأَنَّ قَبْل التَّدْبِيرِ كَانَ لهُ فِيه نَوْعُ مَنْفَعَة البَيْع وَمَا شَاكَلهُ وَمَنْفَعَةُ الإِجَارَة وَمَا شَاكَلهَا وَقَدْ زَال أَحَدُهُمَا وَهُوَ البَيْعُ وَبَقِيَ الآخَرُ. وَقَال بَعْضُهُمْ: قِيمَتُهُ قِيمَةُ الخِدْمَة يَنْظُرُ بكَمْ يُسْتَخْدَمُ وَهُوَ مُدَّةُ عُمْرِه مِنْ حَيْثُ الحَزْرُ وَالظَّنُّ. وَالأَصَحُّ مَا قَالهُ فِي الكِتَاب لأَنَّ مَنْفَعَةَ الوَطْءِ وَالسِّعَايَة بَاقِيَةٌ وَمَنْفَعَةَ البَيْع زَائِلةٌ، وَقِيل الفَتْوَى عَلى الأَوَّل.

وَلا يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ مَا مَلكَهُ بِالضَّمَانِ مِن جِهَةِ السَّاكِتِ لأَنَّ مِلكَهُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِن وَجهٍ دُونَ وَجهٍ، فَلا يَظهَرُ فِي حَقِّ التَّضمِينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلا يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ مَا مَلكَهُ بِالضَّمَان) يَعْنِي أَنَّ المُدَبِّرَ لَمَّا أَدَّى ضَمَانَ

نَصيب السَّاكِتِ وَهُوَ ثُلُثُ قِيمَتِه قلنا مَلكَ المُدَبَّرُ نَصيبَ السَّاكِت وَاجْتَمَعَ في ملك المُدَبَّر ثُلُثا العَبْد، وَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ مَا كَانَ لَهُ فِي الأَصْل وَهُوَ الثُّلُثُ مُدَبَّرًا، فَإِنَّ نَصِيبَهُ بَعْدَ تَدْبِيرِه كَانَ مُنْتَفِعًا بِه مِنَ الوَجْه الذي ذَكَرْنَا وَفَسَدَ بالإِعْتَاق فَيُضْمَنُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ قِيمَةَ الثُّلُث الذي تَملكَ عَلى السَّاكِت بأَدَاء الضَّمَان لوَجْهَيْن: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ مَلكَ المَضْمُونَ مُسْتَنِدًا وَالمُسْتَنِدُ ثَابِتٌ مِنْ وَجْه دُونَ وَجْه فَلا يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمين.

وَالثَّاني أَنَّهُ لَمَّا انْتَقل نَصيبُ السَّاكِت إلى المُدَبَّر قَامَ المُدَبَّرُ مَقَامَ السَّاكِت في ذَلكَ الثُّلُث، وَالسَّاكِتُ لا يَمْلكُ تَضْمِينَ المُعْتِق فَكَذَلكَ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ. وَبالوَجْه الثَّاني يَنْدَفعُ مَا قِيل عَلى مَا فِي الكِتَابِ أَنَّ **أَحَدَ الشَّريكَيْنِ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ** يَضْمَنُ للسَّاكِت قِيمَةَ نَصِيبِه وَيَرْجِعُ المُعْتِقُ عَلى العَبْدِ وَإِنْ ثَبَتَ لَهُ المِلكُ مُسْتَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْه دُونَ وَجْه.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ المُدَبَّرَ قَامَ مَقَامَ السَّاكِت بأَدَاء الضَّمَان، وَلَيْسَ للسَّاكِت تَضْمِينُ المُعْتِق لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ تَعَيُّنِ تَضْمِين المُدَبِّر لِيَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانَ مُعَاوَضَة لكَوْنه الأَصْل، فَكَذَلكَ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ. وَأَمَّا المُعْتِقُ فَلمَّا قَامَ مَقَامَ السَّاكِت بأَدَاء الضَّمَان وَكَانَ للسَّاكِت وِلايَةُ الاسْتِسْعَاء كَانَ للمُعْتِق أَيْضًا تلكَ الوِلايَةُ.

وَالوَلاءُ بَيْنَ المُعتِقِ وَالمُدبِّر أثلاثًا ثُلُثَاهُ للمُدَبِّرِ وَالثُّلُثُ للمُعتِقِ لأَنَّ العَبدَ عَتَقَ عَلى مِلكِهِمَا عَلى هَذَا المِقدَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَالوَلاءُ بَيْنَ المُعْتَقِ وَالمُدَبِّر) **أَيْ بَيْنَ عَصَبَة المُدَبِّر** (أَثْلاثًا ثُلُثَاهُ للمُدَبِّر وَالثُّلُثُ للمُعْتِق لأَنَّ العَبْدَ عَتَقَ عَلى ملكهِمَا عَلى هَذَا المِقْدَار) فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ أَدَاءُ الضَّمَان يُثْبتُ ملكَ نَصيب الآخَر كَانَ للمُعْتِق ثُلُثَا الوَلاء أَيْضًا لأَنَّهُ أَدَّى إلى المُدَبَّر ثُلُثَ قِيمَته مُدَبَّرًا. أُجِيبَ بأَنَّ ضَمَانَ المُعْتِق إلى المُدَبَّر ضَمَانَ إتْلاف لا ضَمَانَ مُعَاوَضَة لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المُدَبَّرَ غَيْرُ قَابلٍ للنَّقل مِنْ ملك إلى ملك فَلمْ يَمْلكْ المُعْتِقُ شَيْئًا بمُقَابَلة مَا ضَمِنَ، وَأَمَّا المُدَبَّرُ فَقَدْ مَلكَ نَصيبَ السَّاكِت عِنْدَ أَدَاء الضَّمَان مُسْتَنِدًا إلى وَقْت التَّدْبير عَلى مَا مَرَّ فَصَارَ كَأَنَّهُ دَبَّرَ ثُلُثَيْه مِنْ الابْتِدَاء مُسْتَنِدًا فَثَبَتَ لَهُ ثُلُثَا الوَلاء وَللمُعْتِق الثُّلُث لَمَا أَنَّ نَصيبَ السَّاكِت بَعْدَمَا انْتَقل إلى المُدَبَّر لا يَنْتَقلُ إلى المُعْتَق..

وَإِذَا لم يَكُن التَّدبِيرُ مُتَجَزِّئًا عِندَهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا للمُدَبِّرِ وَقَد أَفسَدَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ لِمَا بَيَّنَّا فَيَضمَنُهُ، وَلا يَختَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعسَارِ لأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَأَشبَهَ الاستِيلادَ، بِخِلافِ الإِعتَاقِ لأَنَّهُ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَالوَلاءُ كُلُّهُ للمُدَبِّرِ وَهَذَا ظَاهِرٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (لأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ) أَيْ لأَنَّ ضَمَانَ التَّدْبِيرِ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ لأَنَّهُ يَمْلِكُ كَسْبَهُ وَخِدْمَتَهُ فَلا يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ كَضَمَانِ الاسْتِيلادِ (بِخِلافِ الإِعْتَاقِ لأَنَّهُ ضَمَانُ جِنَايَةٍ) وَهُوَ يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ قَوْلَكُمْ ضَمَانُ الجِنَايَةِ يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ أَرَدْتُمْ بِهِ مُطْلَقَ ضَمَانِ الجِنَايَةِ أَوْ الجِنَايَةَ بِالإِعْتَاقِ، وَالأَوَّلُ مَرْدُودٌ بِأَنَّ مَنْ كَسَرَ جَرَّةَ إِنْسَانٍ مَثَلا أَوْ أَتْلَفَ مِلْكًا مِنْ أَمْلاكِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَالثَّانِي تَحَكُّمٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ الثَّانِي، وَالتَّحَكُّمُ مَدْفُوعٌ لِثُبُوتِهِ بِقَوْلِهِ ﷺ «**فِي الرَّجُلِ يُعْتِقُ نَصِيبَهُ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى العَبْدُ فِي حِصَّةِ الآخَرِ**» فَلا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لِكَوْنِهِ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ.

قال (وَإِذَا كَانَت جَارِيَةٌ بَينَ رَجُلَينِ زَعَمَ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ وَأَنكَرَ ذَلِكَ الآخَرُ فَهِيَ مَوقُوفَةٌ يَومًا وَيَومًا تَخدُمُ المُنكِرَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: إِن شَاءَ المُنكِرُ استَسعَى الجَارِيَةَ فِي نِصفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً لا سَبِيل عَلَيهَا) لَهُمَا أَنَّهُ لَمَّا لم يُصَدِّقهُ صَاحِبُهُ انقَلَبَ إِقرَارُ المُقِرِّ عَلَيهِ كَأَنَّهُ استَولَدَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ المُشتَرِي عَلَى البَائِعِ أَنَّهُ أَعتَقَ المَبِيعَ قَبل البَيعِ يُجعَلُ كَأَنَّهُ أَعتَقَ كَذَا هَذَا فَتَمتَنِعُ الخِدمَةُ وَنَصِيبُ المُنكِرِ عَلَى مِلكِهِ فِي الحُكمِ فَتَخرُجُ إِلى العَتَاقِ بِالسِّعَايَةِ كَأُمِّ وَلَدِ النَّصرَانِيِّ إِذَا أَسلَمَت.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المُقِرَّ لو صَدَقَ كَانَت الخِدمَةُ كُلُّهَا للمُنكِرِ، وَلو كَذَبَ كَانَ لهُ نِصفُ الخِدمَةِ فَيَثبُتُ مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصفُ، وَلا خِدمَةَ للشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلا استِسعَاءَ لأَنَّهُ يَتَبَرَّأُ عَن جَمِيعِ ذَلِكَ بِدَعوَى الاستِيلادِ وَالضَّمَانِ، وَالإِقرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الإِقرَارَ بِالنَّسَبِ وَهُوَ أَمرٌ لازِمٌ لا يَرتَدُّ بِالرَّدِّ، فَلا يُمكِنُ أَن يُجعَل المُقِرُّ كَالمُستَولِدِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِنْ كَانَت جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ) إِذَا كَانَتْ الجَارِيَةُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ (زَعَمَ

أَحَدُهُمَا أَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ وَأَنْكَرَ صَاحِبُهُ فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ يَوْمًا) أَيْ تُرْفَعُ عَنْهَا الخِدْمَةُ يَوْمًا (وَتَخْدُمُ المُنْكِرَ يَوْمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَالا: إِنْ شَاءَ المُنْكِرُ اسْتَسْعَى الجَارِيَةَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً) كُلُّهَا (لا سَبِيلَ عَلَيْهَا) يَعْنِي لِلْمُقِرِّ بِالاسْتِسْعَاءِ لَهُمَا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُصَدِّقْهُ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المُقِرَّ لَوْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيلادِ صَحَّ، فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى مَنْ يَمْلِكُهُ وَلَمْ يُصَدِّقْهُ ذَلِكَ انْقَلَبَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَإِذَا انْقَلَبَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ صَارَ كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا **أَقَرَّ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ أَنَّهُ أَعْتَقَ المَبِيعَ قَبْلَ البَيْعِ** فَإِنَّهُ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ، وَإِذَا انْقَلَبَ إِقْرَارُ المُقِرِّ عَلَى نَفْسِهِ امْتَنَعَ الخِدْمَةُ لِلْمُنْكِرِ لأَنَّ المُقِرَّ صَارَ بِإِقْرَارِهِ كَالمُسْتَوْلِدِ لَهَا، وَلا يُمْكِنُ لِلْمُنْكِرِ تَضْمِينُ المُقِرِّ، لأَنَّهُ مَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيلادِ فَكَانَ نَصِيبُ المُنْكِرِ عَلَى مِلْكِهِ فِي الحُكْمِ مُحْتَبَسًا عِنْدَ الجَارِيَةِ (فَتَخْرُجُ إِلَى العَتَاقِ بِالسِّعَايَةِ كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ) تَخْرُجُ إِلَى العِتْقِ بِالسِّعَايَةِ لِتَعَذُّرِ إِبْقَائِهَا فِي يَدِ المَوْلَى وَمِلْكِهِ بَعْدَ إِسْلامِهَا وَإِصْرَارِهِ عَلَى الكُفْرِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُقِرَّ لَوْ صُدِّقَ) تَقْرِيرُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى مُقَدِّمَةٍ هِيَ أَنَّ الخَبَرَ يَنْقَسِمُ إِلَى صَادِقٍ وَكَاذِبٍ قِسْمَةً حَقِيقِيَّةً لا يَجْتَمِعَانِ وَلا يَرْتَفِعَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ صِدْقَ الخَبَرِ وَكَذِبَهُ رَاجِعَانِ إِلَى مُطَابَقَةِ الوَاقِعِ وَعَدَمِهَا، فَالمُقِرُّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَادِقًا فِي إِقْرَارِهِ أَوْ كَاذِبًا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ (كَانَتْ الخِدْمَةُ كُلُّهَا لِلْمُنْكِرِ) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي (كَانَ لَهُ نِصْفُ الخِدْمَةِ فَيَثْبُتُ مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلا خِدْمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلا اسْتِسْعَاءَ لأَنَّهُ يَتَبَرَّأُ عَنْ جَمِيعِ ذَلِكَ) أَمَّا عَنِ الخِدْمَةِ فَبِدَعْوَى الاسْتِيلادِ، وَأَمَّا عَنِ الاسْتِسْعَاءِ فَبِدَعْوَى الضَّمَانِ فَفِي كَلامِهِ لَفٌّ وَنَشْرٌ عَلَى مَا تَرَى.

وَقَوْلُهُ (وَالإِقْرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَالإِقْرَارُ بِهَا يَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ وَالإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ أَمْرٌ لازِمٌ لا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ حَتَّى أَنَّ **الرَّجُلَ إِذَا أَقَرَّ بِنَسَبِ صَغِيرٍ لِرَجُلٍ فَكَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ ثُمَّ أَقَرَّ المُقِرُّ بِنَسَبِ ذَلِكَ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ** لَمْ يَصِحَّ لأَنَّ النَّسَبَ لا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ (فَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ المُقِرُّ كَالمُسْتَوْلِدِ).

(وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ بَيْنَهُمَا فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ وَمُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا، وَعَلَى هَذَا الأَصْلِ تُبْتَنَى عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ أَوْرَدْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

وَجهُ قَولِهِمَا أنَّهَا مُنتَفَعٌ بِهَا وَطئًا وَإِجَارَةً وَاستِخدَامًا، وَهَذَا هُوَ دَلالَةُ التَّقوُّمِ، وَبِامتِنَاعِ بَيعِهَا لا يَسقُطُ تَقوُّمُهَا كَمَا فِي المُدبَّرِ؛ ألا تَرَى أنَّ أُمَّ وَلدِ النَّصرَانِيِّ إذَا أسلمَت عَليهَا السِّعَايَةُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقوُّمِ.

الشرح:

(وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلد بَيْنَهُمَا) بِأَنْ **وَلَدَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَلَدًا فَادَّعَيَاهُ (فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ** فَلا ضَمَانَ عَلَيْه عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا لأَنَّ مَاليَّةَ أُمِّ الوَلد غَيْرُ مُتَقَوِّمَة عِنْدَهُ) خلافًا لَهُمَا، وَعَلى هَذَا الأَصْل عِدَّةُ مَسَائِل ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى: مِنْهَا أَنَّهُ إذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا حَتَّى عَتَقَتْ لَمْ تَسْعَ للآخَرِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تَسْعَى. وَمِنْهَا أَنَّهَا إذَا وَلَدَتْ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ لِشَرِيكِهِ مِنْ الضَّمَانِ وَلا سِعَايَةَ عَلى الوَلد عِنْدَهُ.

وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَيَسْتَسْعِي الوَلَدُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا.

وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا غَصَبَ أُمَّ وَلد فَهَلَكَتْ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَهُ خلافًا لَهُمَا (وَجْهُ قَوْلِهِمَا) فِي تَقَوُّمِ أُمِّ الوَلد (أَنَّهَا مُنْتَفَعٌ بِهَا وَطْئًا وَإِجَارَةً وَاسْتِخْدَامًا) بِالاتِّفَاق، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُتَقَوِّمٌ لأَنَّ حِل الوَطْءِ لا يَكُونُ إلا بملك اليَمين عِنْدَ عَدَمِ النِّكَاحِ (أَلا تَرَى أَنَّ **أُمَّ وَلد النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَتْ** عَلَيْهَا السِّعَايَةُ) وَلَوْلا تَقَوُّمُهَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، فَإِنْ عُورِضَ بِأَنَّ بَيْعَهَا مُمْتَنِعٌ وَذَلِكَ دَليلٌ عَلى عَدَمِ التَّقَوُّمِ. أَجَابَ بِقَوْلِه وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لا يَسْقُطُ تَقَوُّمُهَا كَمَا فِي الْمُدَبَّرِ.

غَيرَ أنَّ قِيمَتَهَا ثُلُثُ قِيمَتِهَا قِنَّةً عَلى مَا قَالُوا لِفَوَاتِ مَنفَعَةِ البَيعِ وَالسِّعَايَةِ بَعدَ المَوتِ، بِخِلافِ المُدبَّرِ لأنَّ الفَائِتَ مَنفَعَةُ البَيعِ، أمَّا السِّعَايَةُ وَالاستِخدَامُ بَاقِيَانِ. وَلأبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أنَّ التَّقوُّمَ بِالإحرَازِ وَهِيَ مُحرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لا لِلتَّقوُّمِ وَالإحرَازُ لِلتَّقوُّمِ تَابِعٌ، وَلِهَذَا لا تَسعَى لِغَرِيمٍ وَلا لِوَارِثٍ بِخِلافِ المُدبَّرِ، وَهَذَا لأنَّ السَّبَبَ فِيهَا مُتَحقِّقٌ فِي الحَالِ وَهُوَ الجُزئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الوَلدِ عَلى مَا عُرِفَ فِي حُرمَةِ المُصَاهَرَةِ، إلا أنَّهُ لم يُظهِر عَمَلَهُ فِي حَقِّ المِلكِ ضَرُورَةَ الانتِفَاعِ فَعَمِلَ السَّبَبُ فِي إسقَاطِ التَّقوُّمِ، وَفِي المُدبَّرِ يَنعَقِدُ السَّبَبُ بَعدَ المَوتِ، وَامتِنَاعُ البَيعِ فِيهِ لِتَحقِيقِ مَقصُودِهِ فَافتَرَقَا. وَفِي أُمِّ وَلدِ

النَّصرَانِيِّ قَضَينَا بِتَكَاتُبِهَا عَلَيهِ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَن الجَانِبَينِ، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ لا يَفتَقِرُ وُجُوبُهُ إلى التَّقَوُّمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (غَيْرَ أَنَّ قِيمَتَهَا) بَيَانٌ لِمِقْدَارِ القِيمَةِ وَهُوَ وَاضِحٌ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّقَوُّمَ بِالإِحْرَازِ) لِلتَّمَوُّلِ وَلا إِحْرَازَ لِلتَّمَوُّلِ فِي أُمِّ الوَلَدِ لأَنَّهَا مُحْرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لا لِلتَّمَوُّلِ. وَقَوْلُهُ (لا لِلتَّقَوُّمِ) مَعْنَاهُ لِلتَّمَوُّلِ وَكَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ (وَالإِحْرَازُ لِلتَّقَوُّمِ تَابِعٌ) أَيْ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ لأَنَّهُ إِذَا حَصَّنَهَا وَاسْتَوْلَدَهَا ظَهَرَ أَنَّ إِحْرَازَهَا لِلاسْتِمْتَاعِ بِمِلْكِ المُتْعَةِ لا لِقَصْدِ التَّمَوُّلِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لا تَسْعَى لِغَرِيمٍ) جَازَ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا وَتَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ وَالإِحْرَازُ لِلتَّقَوُّمِ تَابِعٌ، يَعْنِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَقْصُودًا لَسَعَتْ لِغَرِيمٍ أَوْ وَارِثٍ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَكِنْ اللازِمُ بَاطِلٌ فَكَذَلِكَ المَلْزُومُ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِقَوْلِهِ وَهِيَ مُحْرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لا لِلتَّقَوُّمِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ المُدَبَّرِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا فِي المُدَبَّرِ: يَعْنِي بِخِلافِ المُدَبَّرِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُحْرَزٍ لِلنَّسَبِ وَلِهَذَا تَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى الفَرْقِ بَيْنَ أُمِّ الوَلَدِ وَبَيْنَ المُدَبَّرِ وَبَيَانُهُ (أَنَّ السَّبَبَ فِيهَا) أَيْ فِي أُمِّ الوَلَدِ (مُتَحَقِّقٌ فِي الحَالِ) وَهُوَ الجُزْئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ المُصَاهَرَةِ وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي سُقُوطَ المِلْكِ وَالتَّقَوُّمِ جَمِيعًا (إِلا أَنَّهُ لَمْ يُظْهِرْ عَمَلَهُ فِي حَقِّ) زَوَالِ (المِلْكِ ضَرُورَةَ الانْتِفَاعِ) كَمَا لَمْ يُظْهِرْ فِي زَوَالِ مِلْكِ النِّكَاحِ لِذَلِكَ، وَلا ضَرُورَةَ فِي إِسْقَاطِ التَّقَوُّمِ فَعَمِلَ فِيهِ السَّبَبُ، وَأَمَّا فِي المُدَبَّرِ فَإِنَّ السَّبَبَ يَنْعَقِدُ بَعْدَ المَوْتِ، لأَنَّ قَوْلَهُ إِنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ تَعْلِيقٌ مَحْضٌ، وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ لا يَنْعَقِدُ سَبَبًا عِنْدَنَا قَبْلَ وُجُودِهِ عَلَى مَا عُرِفَ.

وَقَوْلُهُ (وَامْتِنَاعُ البَيْعِ فِيهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لا يَسْقُطُ تَقَوُّمُهَا. وَتَقْرِيرُهُ: كَانَ القِيَاسُ أَنْ لا يَمْتَنِعَ **بَيْعُ المُدَبَّرِ**، إِلا أَنَّهُ إِنَّمَا امْتَنَعَ تَحْقِيقًا لِمَقْصُودِهِ، إِذْ لَوْ جَازَ البَيْعُ لامْتَنَعَ مَقْصُودُ المُدَبَّرِ وَهُوَ العِتْقُ بَعْدَ مَوْتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ) جَوَابٌ عَمَّا قَاسَا عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (قَضَيْنَا بِتَكَاتُبِهَا عَلَيْهِ) لَيْسَ المُرَادُ بِهِ حَقِيقَةَ التَّكَاتُبِ، وَلَكِنْ لَمَّا حَكَمْنَا بِأَنَّهَا تَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِأَدَاءِ القِيمَةِ كَانَتْ فِي مَعْنَى المُكَاتَبَةِ، وَإِنَّمَا فَعَلْنَا هَكَذَا (دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ الجَانِبَيْنِ) أَمَّا فِي حَقِّ أُمِّ الوَلَدِ فَلِئَلا تَبْقَى تَحْتَ يَدِ نَصْرَانِيٍّ وَهِيَ مُسْلِمَةٌ، وَأَمَّا فِي حَقِّ النَّصْرَانِيِّ فَلِئَلا يَبْطُلَ مِلْكُهُ مَجَّانًا فَلَمَّا كَانَتْ هِيَ فِي مَعْنَى

الْمُكَاتَبَة كَانَ مَا أَدَّتْهُ فِي مَعْنَى بَدَل الكِتَابَة، وَبَدَلُ الكِتَابَة لا يَفْتَقِرُ وُجُوبُهُ إلى تَقَوُّمِ مَا يُقَابِلُهُ لأَنَّهُ فِي الأَصْلِ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ وَفَكُّ الحَجْرِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، فَلِذَلِكَ قُلْنَا إنَّ تَكَاتُبَهَا لَمْ يَقْتَضِ تَقَوُّمَ أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَاطَّرَدَ مَا قُلْنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب عتق أحد العبدين

(وَمَن كَانَ لهُ ثَلاثَةُ أَعبُدٍ دَخَل عَليهِ اثنَانِ فقَال: أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَل آخَرُ فقَال أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ وَلم يُبَيِّن عتقَ مَن الذي أُعِيدَ عَليهِ القَولُ ثَلاثَةُ أَربَاعِهِ وَنِصفُ كُل وَاحِدٍ مِن الآخَرَينِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ كَذَلكَ إلا فِي العَبدِ الآخِرِ فَإِنَّهُ يَعتِقُ رُبُعُهُ) أَمَّا الخَارِجُ فَلأَنَّ الإِيجَابَ الأَوَّل دَائِرٌ بَينَهُ وَبَينَ الثَّابِتِ، وَهُوَ الذِي أُعِيدَ عَليهِ القَولُ فَأَوجَبَ عِتقَ رَقَبَةٍ بَينَهُمَا لاستِوَائِهِمَا فَيُصِيبُ كُلًّا مِنهُمَا النِّصفُ، غَيرَ أَنَّ الثَّابِتَ استَفَادَ بِالإِيجَابِ الثَّانِي رُبُعًا آخَرَ لأَنَّ الثَّانِيَ دَائِرٌ بَينَهُ وَبَينَ الدَّاخِلِ، وَهُوَ الذِي سَمَّاهُ فِي الكِتَابِ آخِرًا فَيَتَنَصَّفُ بَينَهُمَا، غَيرَ أَنَّ الثَّابِتَ استَحَقَّ نِصفَ الحُرِّيَّةِ بِالإِيجَابِ الأَوَّل فَشَاعَ النِّصفُ المُستَحَقُّ بِالثَّانِي فِي نِصفَيهِ، فَمَا أَصَابَ المُستَحِقَّ بِالأَوَّل لغَا، وَمَا أَصَابَ الفَارِغَ بَقِيَ فَيَكُونُ لهُ الرُّبُعُ فَتَمَّت لهُ ثَلاثَةُ الأَربَاعِ وَلأَنَّهُ لو أُرِيدَ هُوَ بِالثَّانِي يَعتِقُ نِصفُهُ، وَلو أُرِيدَ بِهِ الدَّاخِلُ لا يَعتِقُ هَذَا النِّصفُ فَيَنتَصِفُ فَيَعتِقُ مِنهُ الرُّبُعُ بِالثَّانِي وَالنِّصفُ بِالأَوَّل، وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: لَمَّا دَارَ الإِيجَابُ الثَّانِي بَينَهُ وَبَينَ الثَّابِتِ وَقَد أَصَابَ الثَّابِتَ مِنهُ الرُّبُعُ فَكَذَلكَ يُصِيبُ الدَّاخِلَ وَهُمَا يَقُولانِ إنَّهُ دَائِرٌ بَينَهُمَا، وَقَضِيَّتُهُ التَّنصِيفُ وَإِنَّمَا نَزَل إلى الرُّبُعِ فِي حَقِّ الثَّابِتِ لاستِحقَاقِهِ النِّصفَ بِالإِيجَابِ الأَوَّل كَمَا ذَكَرنَا، وَلا استِحقَاقَ للدَّاخِل مِن قَبلُ فَيَثبُتُ فِيهِ النِّصفُ.

قَال (فَإِن كَانَ القَولُ مِنهُ فِي المَرَضِ قُسِمَ الثُّلُثُ عَلى هَذَا) وَشَرحُ ذَلكَ أَن يُجمَعَ بَينَ سِهَامِ العِتقِ وَهِيَ سَبعَةٌ عَلى قَولِهِمَا لأَنَّا نَجعَلُ كُل رَقَبَةٍ عَلى أَربَعَةٍ لحَاجَتِنَا إلى ثَلاثَةِ الأَربَاعِ فَنَقُولُ: يَعتِقُ مِن الثَّابِتِ ثَلاثَةُ أَسهُمٍ وَمِن الآخَرَينِ مِن كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا سَهمَانِ فَيَبلُغُ سِهَامُ العِتقِ سَبعَةً، وَالعِتقُ فِي مَرَضِ المَوتِ وَصِيَّةٌ وَمَحَلُّ نَفَاذِهَا الثُّلُثُ، فَلا بُدَّ أَن يُجعَل سِهَامُ الوَرَثَةِ ضِعفَ ذَلكَ فَيُجعَل كُلُّ رَقَبَةٍ عَلى سَبعَةٍ وَجَمِيعُ المَال أَحَدٌ وَعِشرُونَ فَيَعتِقُ مِن الثَّابِتِ ثَلاثَةٌ وَيَسعَى فِي أَربَعَةٍ وَيَعتِقُ مِن البَاقِيَينِ مِن كُلٍّ مِنهُمَا

سَهمَانِ وَيَسعَى فِي خَمسَةٍ، فَإِذَا تَأَمَّلت وَجَمَعت استَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يُجعَلُ كُلُّ رَقَبَةٍ عَلى سِتَّةٍ لأَنَّهُ يَعتِقُ مِن الدَّاخِل عِندَهُ سَهمٌ فَنَقَصَت سِهَامُ العِتقِ بِسَهمٍ وَصَارَ جَمِيعُ المَال ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَبَاقِي التَّخرِيجِ مَا مَرَّ.

الشرح:

(**بَابُ عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ عِتْقِ بَعْضِ العَبْدَيْنِ عِتْقَ أَحَدِ العَبْدَيْنِ وَقَدَّمَ الأَوَّل لأَنَّ الوَاحِدَ قَبْل الاثْنَيْنِ (**وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلاثَةُ أَعْبُدٍ دَخَل عَلَيْه اثْنَان فَقَال أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَل آخَرُ فَقَال أَحَدُكُمَا حُرٌّ**) **وَلَمْ يُسَمِّ كُلًّا مِنْهُمْ بِاسْمِ الفِعْل الذي اتَّصَفَ بِه** مِنْ كَوْنِه خَارِجًا وَدَاخِلا وَثَابِتًا يُؤْمَرُ المَوْلى بِالبَيَان مَا دَامَ حَيًّا لأَنَّهُ هُوَ المُجْمِلُ فَيَرْجِعُ فِي البَيَانِ إِلَيْه وَيَعْتِقُ الذي عَيَّنَهُ، فَإِنْ بَيَّنَ الكَلامَ الأَوَّل فِي الخَارِجِ عَتَقَ الخَارِجُ، وَيُؤْمَرُ بِالبَيَانِ فِي الكَلامِ الثَّاني وَيَعْتِقُ مَنْ عَيَّنَهُ، وَإِنْ بَيَّنَ الكَلامَ الأَوَّل فِي الثَّابِتِ عَتَقَ الثَّابِتُ وَبَطَل الكَلامُ الثَّاني لأَنَّهُ صَارَ خَبَرًا فَلا يَسْتَحِقُّ بِه العِتْقَ، كَمَا لَوْ **جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ وَقَال أَحَدُكُمَا حُرٌّ** لا يَعْتِقُ العَبْدُ.

وَإِنْ بَدَأَ بِبَيَانِ الكَلامِ الثَّاني وَقَال عَنَيْت بِالكَلامِ الثَّاني الدَّاخِل عَتَقَ الدَّاخِلُ وَيُؤْمَرُ بِبَيَانِ الكَلامِ الأَوَّل، وَإِنْ قَال عَنَيْت بِالكَلامِ الثَّاني الثَّابِتَ عَتَقَ الثَّابِتُ بِالكَلامِ الثَّاني وَتَعَيَّنَ الخَارِجُ لِلكَلامِ الأَوَّل فَيَعْتِقُ الخَارِجُ أَيْضًا (**وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ عَتَقَ مِنْ الذي أُعِيدَ عَلَيْه القَوْلُ**) يَعْنِي الثَّابِتَ أُعِيدَ عَلَيْه قَوْلُهُ أَحَدُكُمَا حُرٌّ (ثَلاثَةُ أَرْبَاعِه وَنِصْفُ كُل وَاحِدٍ مِنْ الآخَرَيْنِ) يَعْنِي الخَارِجَ وَالدَّاخِل (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ كَذَلِكَ) يَعْنِي يَعْتِقُ مِنْ الثَّابِتِ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِه وَمِنْ الخَارِجِ نِصْفُهُ (إلا فِي العَبْدِ الآخَرِ) وَهُوَ الدَّاخِلُ (فَإِنَّهُ يَعْتِقُ رُبُعُهُ) بِاعْتِبَارِ الأَحْوَال.

وَالأَصْلُ فِي اعْتِبَارِ الأَحْوَال فِي حَالَة الاشْتِبَاه مَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُول الله ﷺ بَعَثَ أُنَاسًا إلى بَنِي خَثْعَمَ لِلقِتَال، فَاعْتَصَمَ نَاسٌ مِنْهُمْ بِالسُّجُود فَقَتَلَهُمْ بَعْضُ أَصْحَاب النَّبِيِّ ﷺ، فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ رَسُول الله ﷺ قَضَى بِنِصْفِ العَقْل» بِاعْتِبَارِ الأَحْوَال، وَذَلِكَ لأَنَّ السُّجُودَ مِنْهُمْ كَانَ مُحْتَمَلا أَنْ يَكُونَ لله تَعَالى فَكَانَ إِسْلامًا. وَيَجِبُ بِقَتْلِهِمْ جَمِيعُ الدِّيَة، وَأَنْ يَكُونَ لِغَيْرِ الله تَقِيَّةً مِنْ القَتْل عَلى مَا كَانَ عَلَيْه عَادَتُهُمْ مِنْ السُّجُود لِتَعْظِيمِ عُظَمَائِهِمْ تَوَقِّيًا مِنْ شَرِّهِمْ فَلا تَجِبُ بِقَتْلِهِمْ الدِّيَةُ، فَلَمَّا وَجَبَتْ مِنْ وَجْهٍ وَلَمْ تَجِبْ مِنْ

وَجْهٍ أَوْجَبَ النِّصْفَ وَأَسْقَطَ النِّصْفَ، وَعَلَى هَذَا مَسَائِلُ أَصْحَابِنَا.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْخُنْثَى يُعْطِيهِ أَقَلَّ النَّصِيبَيْنِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الأَحْوَالِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ المَصِيرُ إِلَى اعْتِبَارِ الأَحْوَالِ فِي مَوْضِعٍ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الاشْتِبَاهُ بِصِفَةِ الاسْتِمْرَارِ كَالَّذِي نَحْنُ فِيهِ، وَالْخُنْثَى لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّهُ إِذَا بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ أَوْ النِّسَاءِ لا بُدَّ أَنْ يَتَفَلَّكَ لَهَا ثَدْيٌ أَوْ تَنْبُتَ لَهُ لِحْيَةٌ وَحِينَئِذٍ يَرْتَفِعُ الاشْتِبَاهُ، وَالوَجْهُ مِنْ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. هَذَا إِذَا كَانَ فِي الصِّحَّةِ (فَإِنْ كَانَ القَوْلُ مِنْهُ فِي الْمَرَضِ) فَإِنْ كَانُوا يَخْرُجُونَ مِنْ الثُّلُثِ فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجُوا كَانَ الثُّلُثَ وَهُوَ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ سِهَامِ وَصَايَاهُمْ لأَنَّ العِتْقَ حِينَئِذٍ وَصِيَّةٌ وَالوَصِيَّةُ تَنْفُذُ مِنْ الثُّلُثِ فَيَضْرِبُ كُلٌّ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ، فَيَجْعَلُ أَوَّلا كُلَّ رَقَبَةٍ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ (لِحَاجَتِنَا إِلَى ثَلاثَةِ الأَرْبَاعِ) فَالْخَارِجُ يَضْرِبُ بِنِصْفِ الرَّقَبَةِ وَهُوَ سَهْمَانِ، فَكَذَا الدَّاخِلُ وَيَضْرِبُ الثَّابِتُ بِثَلاثَةِ الأَرْبَاعِ وَهِيَ ثَلاثَةُ أَسْهُمٍ فَمَجْمُوعُ سِهَامِ الوَصَايَا سَبْعَةٌ فَإِذَا كَانَ الثُّلُثُ سَبْعَةً كَانَ الْجَمِيعُ أَحَدًا وَعِشْرِينَ وَثُلُثَا أَرْبَعَةَ عَشَرَ لا مَحَالَةَ فَيَعْتِقُ مِنْ الْخَارِجِ سَهْمَانِ وَيَسْعَى فِي خَمْسَةٍ، وَكَذَلِكَ الدَّاخِلُ، وَيَعْتِقُ مِنْ الثَّابِتِ ثَلاثَةُ أَسْهُمٍ وَيَسْعَى فِي الأَرْبَعَةِ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَيَضْرِبُ الْخَارِجَ بِسَهْمَيْنِ وَالثَّابِتِ بِثَلاثَةِ أَسْهُمٍ وَالدَّاخِلِ بِسَهْمٍ، فَكَانَتْ سِهَامُ الوَصَايَا سِتَّةً، فَإِذَا كَانَ الثُّلُثُ سِتَّةً كَانَ جَمِيعُ المَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَالْخَارِجُ يَعْتِقُ مِنْهُ سَهْمَانِ وَيَسْعَى فِي أَرْبَعَةٍ وَالثَّابِتُ يَعْتِقُ مِنْهُ ثَلاثَةٌ وَيَسْعَى فِي ثَلاثَةٍ، وَالدَّاخِلُ يَعْتِقُ مِنْهُ سَهْمٌ وَيَسْعَى فِي خَمْسَةٍ، فَكَانَ نَصِيبُ السِّعَايَةِ وَهُوَ نَصِيبُ الوَرَثَةِ اثْنَيْ عَشَرَ وَسِهَامُ الوَصَايَا سِتَّةٌ.

فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يَعْتِقُوا وَلا سِعَايَةَ عَلَيْهِمْ أَصْلا أَجَازَتْ الوَرَثَةُ أَوْ لَمْ يُجِيزُوا عِنْدَهُمَا لأَنَّ الإِعْتَاقَ لا يَتَجَزَّأُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الإِعْتَاقَ عِنْدَهُمَا لا يَتَجَزَّأُ إِذَا صَادَفَ مَحَلًّا مَعْلُومًا، أَمَّا إِذَا كَانَ بِطَرِيقِ التَّوْزِيعِ وَالانْقِسَامِ بِاعْتِبَارِ الأَحْوَالِ فَلا لأَنَّ ثُبُوتَهُ حِينَئِذٍ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لا يَتَعَدَّى مَوْضِعَهَا.

(وَلَو كَانَ هَذَا فِي الطَّلاقِ وَهُنَّ غَيرُ مَدخُولاتٍ وَمَاتَ الزَّوجُ قَبلَ البَيَانِ سَقَطَ مِن مَهرِ الخَارِجَةِ رُبُعُهُ وَمِن مَهرِ الثَّابِتَةِ ثَلاثَةُ أَثمَانِهِ وَمِن مَهرِ الدَّاخِلَةِ ثُمُنُهُ) قِيلَ هَذَا

قَولُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ خَاصَّةً، وَعِندَهُمَا يَسقُطُ رُبُعُهُ، وَقِيل هُوَ قَولُهُمَا أَيضًا، وَقَد ذَكَرنَا الفَرقَ وَتَمَامَ تَفرِيعَاتِهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلوْ كَانَ هَذَا) أَيْ وَلوْ كَانَ هَذَا الكَلامُ (**فِي الطَّلاقِ وَهُنَّ غَيْرُ مَدْخُولاتٍ وَمَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ البَيَانِ** سَقَطَ مِنْ مَهْرِ الخَارِجَةِ رُبُعُهُ. وَمِنْ مَهْرِ الثَّابِتَةِ ثَلاثَةُ أَثْمَانِهِ وَمِنْ مَهْرِ الدَّاخِلةِ ثُمُنُهُ) وَهِيَ مَسْأَلةُ الزِّيَادَاتِ يَحْتَجُّ بِهَا مُحَمَّدٌ عَليْهِمَا حَيْثُ اخْتَلفَ فِيهَا نَصِيبُ الدَّاخِلةِ وَالخَارِجَةِ وَصُورَةُ المَسْأَلةِ وَاحِدَةٌ وَالثُّمُنُ فِي الصَّدَاقِ بِمَنْزِلةِ الرُّبُعِ مِنْ العَتَاقِ لأَنَّ المُسْتَحَقَّ بِالطَّلاقِ سُقُوطًا عَلى النِّصْفِ مِنْ المُسْتَحَقِّ بِالعِتْقِ ثُبُوتًا فِي الإِيجَابِ الثَّانِي (فَقِيل هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ) فَلا يَكُونُ حُجَّةً عَليْهِمَا لأَنَّ عِنْدَهُمَا يَسْقُطُ رُبُعُهُ (وَقِيل هُوَ قَوْلُهُمَا أَيْضًا) فَلا بُدَّ مِنْ الفَرْقِ بَيْنَ العِتْقِ وَالطَّلاقِ، وَفُرِّقَ بِأَنَّ الثَّابِتَ فِي العِتْقِ بِمَنْزِلةِ المُكَاتَبِ لأَنَّهُ حِينَ تَكَلمَ كَانَ لهُ حَقُّ البَيَانِ وَصَرْفُ العِتْقِ إلى أَيِّهِمَا شَاءَ مِنْ الثَّابِتِ وَالخَارِجِ، فَمَا دَامَ لهُ حَقُّ البَيَانِ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ العَبْدَيْنِ حُرًّا مِنْ وَجْهٍ عَبْدًا مِنْ وَجْهٍ، فَإِذَا كَانَ الثَّابِتُ كَالمُكَاتَبِ كَانَ الكَلامُ الثَّانِي صَحِيحًا مِنْ كُل وَجْهٍ لأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ المُكَاتَبِ وَالعَبْدِ إلا أَنَّهُ أَصَابَ الثَّابِتُ مِنْهُ الرُّبُعَ وَالدَّاخِلُ النِّصْفَ لمَا قُلنَا: فَأَمَّا الثَّابِتَةُ فِي الطَّلاقِ فَمُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مَنْكُوحَةً وَبَيْنَ أَنْ تَكُونَ أَجْنَبِيَّةً لأَنَّ الخَارِجَةَ إذَا كَانَتْ مُرَادَةً بِالإِيجَابِ الأَوَّل كَانَتْ الثَّابِتَةُ مَنْكُوحَةً فَيَصِحُّ الإِيجَابُ الثَّانِي، وَإِنْ كَانَتْ الثَّابِتَةُ هِيَ المُرَادَةُ بِالإِيجَابِ الأَوَّل كَانَتْ أَجْنَبِيَّةً فَيَلغُو الإِيجَابُ الثَّانِي، فَجُعِلتْ أَجْنَبِيَّةً مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَصِحُّ الإِيجَابُ الثَّانِي مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَسْقُطُ نِصْفُ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبُعُ مُوَزَّعًا بَيْنَ مَهْرِ الدَّاخِلةِ وَالثَّابِتَةِ فَيُصِيبُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الثُّمُنَ. وَأَمَّا التَّفْرِيعَاتُ فَمِنْهَا مَا ذَكَرْنَا فِي أَوَّل البَحْثِ إذَا كَانَ المَوْلى وَالعَبِيدُ أَحْيَاءً. وَمِنْهَا إذَا **كَانَ المَوْلى حَيًّا وَمَاتَ أَحَدُ العَبِيدِ**.

فَإِنْ مَاتَ الثَّابِتُ عَتَقَ الخَارِجُ وَالدَّاخِلُ، أَمَّا الخَارِجُ فَلأَنَّ الكَلامَ الأَوَّل أَوْجَبَ عِتْقَ رَقَبَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ فَبَطَلتْ بِمَوْتِهِ مُزَاحَمَتُهُ، وَكَذَلكَ الكَلامُ الثَّانِي أَوْجَبَ عِتْقَ رَقَبَةٍ بَيْنَ الثَّابِتِ وَالدَّاخِلِ، وَبَطَلتْ مُزَاحَمَةُ الثَّابِتِ هَذَا عِنْدَهُمَا، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّمَا يَعْتِقُ الخَارِجُ لمَا قُلنَا، وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَلأَنَّ الثَّابِتَ لمَّا تَعَيَّنَ للرِّقِّ بِمَوْتِهِ ظَهَرَ أَنَّ الكَلامَ

الثَّانِيَ صَحِيحٌ بِكُل حَالٍ فَصَارَ قَوْلُهُ كَقَوْلِهِمَا وَإِنْ مَاتَ الدَّاخِلُ قِيل لِلمَوْلَى أَوْقِعْ العِتْقَ عَلَى أَيِّهِمَا شِئْت مِنْ الخَارِجِ وَالثَّابِت، فَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الخَارِجِ عَتَقَ الثَّابِتُ أَيْضًا لأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ عَبْدًا عِنْدَ الإِيجَابِ الثَّانِي وَبَطَل مُزَاحَمَةُ الدَّاخِل بِمَوْتِهِ، وَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الثَّابِتِ لَمْ يَعْتِقْ الخَارِجُ بِلا شُبْهَةٍ، وَكَذَا الدَّاخِلُ لأَنَّ المَضْمُومَ إِلَيْهِ حُرٌّ.

قَال الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ فِي شَرْحِ الزِّيَادَات: هَذَا عِنْدَ مُحَمَّد، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَيَجِبُ أَنْ يُعْتِقَ الخَارِجَ وَالثَّابِتَ لأَنَّ الكَلامَ الثَّانِيَ صَحِيحٌ تَعَيَّنَ لهُ الثَّابِتُ بِمَوْتِ الدَّاخِلِ فَأَوْجَبَ تَعْيِينُهُ تَعَيُّنَ الخَارِجِ بِالكَلامِ الأَوَّل، وَإِنْ مَاتَ الخَارِجُ تَعَيَّنَ الثَّابِتُ بِالكَلامِ الأَوَّل وَبَطَل الكَلامُ الثَّانِي لأَنَّ المَضْمُومَ إِلَيْهِ حُرٌّ، هَذِهِ تَفْرِيعَاتُ العَتَاقِ. وَأَمَّا تَفْرِيعَاتُ الطَّلاقِ: فَمِنْهَا أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ حَيًّا وَالنِّسْوَةُ أَحْيَاءً وَأَوْقَعَ الطَّلاقَ الأَوَّل عَلَى الخَارِجَةِ صَحَّ الكَلامُ الثَّانِي، وَلهُ الخِيَارُ فِي تَعْيِينِ الثَّابِتَةِ أَوْ الدَّاخِلة بِالثَّانِي، وَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الثَّابِتَةِ لغَا الكَلامُ الثَّانِي، وَإِنْ أَوْقَعَ الطَّلاقَ الثَّانِيَ عَلَى الدَّاخِلةِ كَانَ لهُ الخِيَارُ فِي تَعْيِينِ الخَارِجَةِ أَوْ الثَّابِتَةِ بِالكَلامِ الأَوَّل. وَمِنْهَا أَنَّ الثَّابِتَةَ لوْ مَاتَتْ وَالزَّوْجُ حَيٌّ طَلُقَتْ الخَارِجَةُ وَالدَّاخِلةُ لِمَا قُلنَا مِنْ بُطْلانِ المُزَاحَمَةِ بِمَوْتِهَا وَلِكُل وَاحِدَةٍ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ المَهْرِ، وَإِنْ مَاتَتْ الدَّاخِلةُ كَانَ مُخَيَّرًا فِي الأُخْرَيَيْنِ بِالكَلامِ الأَوَّل، فَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الخَارِجَةِ طَلُقَتْ الثَّابِتَةُ أَيْضًا لانْعِدَامِ مُزَاحَمَةِ الدَّاخِلةِ بِالمَوْت، وَإِنْ أَوْقَعَهُ عَلَى الثَّابِتَةِ لَمْ تَطْلُقْ الخَارِجَةُ، فَإِنْ مَاتَتْ الخَارِجَةُ طَلُقَتْ الثَّابِتَةُ وَلَمْ تَطْلُقْ الدَّاخِلةُ لِمَا مَرَّ فِي مَسْأَلةِ العَتَاقِ. وَمِنْهَا أَنَّ مِيرَاثَ النِّسَاءِ وَهُوَ الرُّبُعُ أَوْ الثُّمُنُ يَنْقَسِمُ بَيْنَ الدَّاخِلةِ وَالأُولَيَيْنِ نِصْفَيْنِ، نِصْفُهُ لِلدَّاخِلةِ لأَنَّهُ لا يُزَاحِمُهَا إِلا إِحْدَى الأُولَيَيْنِ، وَالنِّصْفُ الآخَرُ بَيْنَ الأُولَيَيْنِ لأَنَّ إِحْدَاهُمَا لَيْسَتْ بِأَوْلَى بِهِ.

(وَمَن قَال لعَبدَيهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا أَو مَاتَ أَو قَال لهُ أَنتَ حُرٌّ بَعدَ مَوتِي عَتَقَ الآخَرُ) لأَنَّهُ لم يَبقَ مَحَلًّا لِلعِتقِ أَصلا بِالمَوتِ وَلِلعِتقِ مِن جِهَتِهِ بِالبَيعِ وَلِلعِتقِ مِن كُل وَجهٍ بِالتَّدبِيرِ فَتَعَيَّنَ لهُ الآخَرُ، وَلأَنَّهُ بِالبَيعِ قَصَدَ الوُصُول إِلى الثَّمَنِ وَبِالتَّدبِيرِ إِبقَاءَ الانتِفَاعِ إِلى مَوتِهِ، وَالمَقصُودَانِ يُنَافِيَانِ العِتقَ المُلتَزَمَ فَتَعَيَّنَ لهُ الآخَرُ دَلالةً وَكَذَا إِذَا استَولَدَ إِحدَاهُمَا لِلمَعنَيَينِ، وَلا فَرقَ بَينَ البَيعِ الصَّحِيحِ وَالفَاسِدِ مَعَ القَبضِ وَبِدُونِهِ وَالمُطلقِ وَبِشَرطِ الخِيَارِ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ لإِطلاقِ جَوَابِ الكِتَابِ وَالمَعنَى مَا قُلنَا، وَالعَرضُ

عَلى البَيعِ مُلحَقٌ بِهِ فِي المَحفُوظِ عَن أَبِي يُوسُفَ، وَالهِبَةُ وَالتَّسليمُ وَالصَّدَقَةُ وَالتَّسليمُ بِمَنزِلَةِ البَيعِ لأَنَّهُ تَمليكٌ.

الشرح:

قَال: وَمَنْ **قَال لعَبْدَيْه أَحَدُكُمَا حُرٌّ**) كَلامُهُ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ، خَلا أَنَّ قَوْلَهُ لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا للعِتْقِ أَصْلا بالمَوْتِ. أَوْرَدَ عَلَيْه مَا لوْ **قَال لأَمَتَيْه إحْدَى هَاتَيْنِ ابْنَتِي أَوْ أُمُّ وَلدِي وَمَاتَتْ إحْدَاهُمَا** لَمْ تَتَعَيَّنْ الحُرِّيَّةُ وَالاسْتِيلادُ فِي الحَيَّة. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الكَلامَ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ بصِيغَته بَل هُوَ إخْبَارٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يُخبَرَ بِهَذَا عَنْ المَيِّت وَالحَيِّ فَيَرْجِعَ إلى بَيَانِ المَوْلى وَأَمَّا الإِنْشَاءُ فَلا يَصِحُّ إلا فِي الحَيِّ، وَأَمَّا فِي مَسْأَلتنَا فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا للحُرِّيَّة إذَا مَاتَ الآخَرُ لأَنَّ البَيَانَ قَائمٌ بوَصْفَيْنِ، بوَصْف الإِنْشَاء، وَبوَصْفِ الإِظْهَارِ، وَهَذَا لأَنَّ قَوْلَهُ أَحَدُكُمَا حُرٌّ لا يُثْبِتُ العِتْقَ فِي وَاحِدٍ منْهُمَا بعَيْنه، وَلهَذَا قِيل فِيه العِتْقُ غَيْرُ ثَابتٍ، فَبالنَّظَرِ إلى هَذَا يَكُونُ البَيَانُ إنْشَاءً، وَمنْ حَيْثُ إنَّ العِتْقَ لا يَعْدُوهُمَا كَانَ البَيَانُ إظْهَارًا، وَلهَذَا يُعْتَبَرُ البَيَانُ منْ جَميعِ المَال إنْ كَانَ فِي مَرَضِ المَوْت لوُجُود العِتْقِ المُبْهَمِ فِي الصِّحَّة، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ فَإِنَّمَا يَصِحُّ البَيَانُ فِي مَحَلٍّ يَحْتَملُ الإِنْشَاءَ وَالمَيِّتُ لا يَحْتَملُ الإِنْشَاءَ فَتَعَيَّنَ الآخَرُ للعِتْقِ ضَرُورَةً.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا اسْتَوْلَدَ **إحْدَاهُمَا) يَعْنِي إذَا وَطِئَ إحْدَاهُمَا فَعَلقَتْ منْهُ** لأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلد لهُ، فَمنْ ضَرُورَة صحَّة أُمِّيَّة الوَلد وَاسْتحْقَاق العِتْق بهَا انْتفَاءُ العِتْقِ المُنَجَّزِ عَنْهَا، وَإِذَا انْتَفَى عَنْ إحْدَاهُمَا تَعَيَّنَ فِي الأُخْرَى لزَوَال المُزَاحَمَة. وَقَوْلُهُ (للمَعْنَيَيْنِ) يَعْنِي عَدَمَ مَحَليَّة العِتْقِ بالاسْتيلادِ منْ كُل وَجْه وَإِبْقَاءَ الانْتفَاعِ إلى مَوْته (وَلا فَرْقَ بَيْنَ البَيْعِ الصَّحيحِ وَالفَاسد مَعَ القَبْضِ وَبدُونه وَ) (البَيْعِ المُطْلَق) عَنْ الخيَارِ (وَ) البَيْعِ بشَرْط الخيَارِ لأَحَد المُتَعَاقدَيْنِ (لإِطْلاق جَوَاب الكتَاب) يَعْني الجَامعَ الصَّغيرَ حَيْثُ قَال فِيه بَاعَ أَحَدَهُمَا وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بشَيْءٍ (وَالمَعْنَى مَا قُلنَا) وَهُوَ أَنَّهُ قَصَدَ الوُصُول إلى الثَّمَنِ وَالوُصُولُ إليْه يُنَافِي العِتْقَ فَتَعَيَّنَ الآخَرُ لهُ (وَالعَرْضُ عَلى البَيْعِ مُلحَقٌ بالبَيْعِ فِي المَحْفُوظ عَنْ أَبِي يُوسُفَ).

رَوَى ابْنُ سمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: إذَا سَاوَمَ أَحَدَهُمَا كَانَ بَيَانًا: يَعْنِي لتَعَيُّنِ العِتْقِ فِي الآخَرِ قِيل مِثْلُ هَذه العِبَارَة يُسْتَعْمَلُ فِيمَا سُمِعَ وَحُفِظَ وَلَمْ تَثْبُتْ الرِّوَايَةُ عَنْهُ

مَكْتُوبَةً. وَقَوْلُهُ (وَالهِبَةُ وَالتَّسْلِيمُ وَالصَّدَقَةُ وَالتَّسْلِيمُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ) قِيلَ التَّسْلِيمُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ تَأْكِيدًا لأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ ذَكَرَ فِي الإِمْلاءِ: إِذَا وَهَبَ أَحَدَهُمَا وَأَقْبَضَهُ أَوْ تَصَدَّقَ وَأَقْبَضَ عَتَقَ الآخَرُ، وَلأَنَّ البَيْعَ الفَاسِدَ يُعَيِّنُ الآخَرَ لِلعِتْقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ، فَكَذَلِكَ الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لا يُفِيدُ المِلكَ بِدُونِ القَبْضِ، وَهَذَا لأَنَّ التَّعْيِينَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِوُجُودِ تَصَرُّفٍ يَخْتَصُّ بِالمِلكِ وَقَدْ وُجِدَ.

وَكَذَلِكَ لو قَال لامرَأَتَيهِ إحداكُمَا طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَت إحداهُمَا لَمَا قُلنَا، وَكَذَلِكَ لو وَطِئَ إحداهُمَا لَمَا نُبَيِّنُ (وَلو قَال لأَمَتَيهِ إحداكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ جَامَعَ إحداهُمَا) لم تَعتِق الأُخرَى عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَقَالا تَعتِقُ لأَنَّ الوَطءَ لا يَحِلُّ إلا فِي المِلكِ وَإِحداهُمَا حُرَّةٌ فَكَانَ بِالوَطءِ مُستَبقِيًا المِلكَ فِي المَوطُوءَةِ فَتَعَيَّنَت الأُخرَى لِزَوَالِهِ بِالعِتقِ كَمَا فِي الطَّلاقِ وَلَهُ أَنَّ المِلكَ قَائِمٌ فِي المَوطُوءَةِ لأَنَّ الإِيقَاعَ فِي المُنَكَّرَةِ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَكَانَ وَطؤُهَا حَلالا فَلا يُجعَلُ بَيَانًا وَلِهَذَا حَل وَطؤُهُمَا عَلى مَذهَبِهِ إلا أَنَّهُ لا يُفتِي بِهِ، ثُمَّ يُقَالُ العِتقُ غَيرُ نَازِلٍ قَبلَ البَيَانِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ أَو يُقَالُ نَازِلٌ فِي المُنَكَّرَةِ فَيَظهَرُ فِي حَقِّ حُكمٍ تَقَبُّلِهِ وَالوَطءُ يُصَادِفُ المُعَيَّنَةَ، بِخِلافِ الطَّلاقِ؛ لأَنَّ المَقصُودَ الأَصليَّ مِن النِّكَاحِ الوَلَدُ، وَقَصدُ الوَلَدِ بِالوَطءِ يَدُلُّ عَلى استِبقَاءِ المِلكِ فِي المَوطُوءَةِ صِيَانَةً لِلوَلَدِ، أَمَّا الأَمَةُ فَالمَقصُودُ مِن وَطئِهَا قَضَاءُ الشَّهوَةِ دُونَ الوَلَدِ فَلا يَدُلُّ عَلى الاستِبقَاءِ.

الشرح:

(وَكَذَلِكَ إِذَا قَال **لامْرَأَتَيْه إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا** لَمَا بَيَّنَّا) أَنَّ المَيِّتَ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلعِتْقِ فَكَذَلِكَ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلطَّلاقِ فَتَعَيَّنُ الأُخْرَى لَهُ (وَكَذَا لَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لَمَا نُبَيِّنُ) فِي المَسْأَلَةِ التِي بَعْدَ هَذِهِ (وَلَوْ قَال **لأَمَتَيْه إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ جَامَعَ إِحْدَاهُمَا** لَمْ تَعْتِقْ الأُخْرَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالا: تَعْتِقُ لأَنَّ الوَطْءَ لا يَحِلُّ إِلا فِي المِلكِ وَإِحْدَاهُمَا حُرَّةٌ) لا مِلكَ فِيهَا فَالوَطْءُ لا يَحِلُّ فِيهَا، فَإِذَا وَطِئَ إِحْدَاهُمَا جُعِل مُسْتَبْقِيًا لِلمِلكِ فِيهَا لِيَقَعَ الوَطْءُ حَلالا حَمْلا لأَمْرِهِ عَلى الصَّلاحِ، فَإِذَا تَعَيَّنَتْ تِلكَ لِلمِلكِ تَعَيَّنَتْ الأُخْرَى لِزَوَالِهِ بِالعِتْقِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المِلكَ قَائِمٌ فِي المَوْطُوءَةِ) أَيْ فِي التِي تُوطَأُ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا، وَإِذَا

كَانَ الملكُ قَائمًا كَانَ وَطْؤُهَا حَلالا، أَمَّا أَنَّ الملكَ قَائمٌ فَلأَنَّ إيقَاعَ العتْقِ إنَّمَا هُوَ في المُنْكرَةِ (وَهِيَ) أَيْ المَوْطُوءَةُ غَيْرُ مُنْكرَةٍ بَل هِيَ (مَعْنِيَّةٌ) فَلا يَكُونُ الإيقَاعُ فيهَا، وَإذَا لَمْ يَكُنْ الإيقَاعُ فيهَا لا يَكُونُ الملكُ عَنْهَا زَائلا، وَأَمَّا أَنَّ الملكَ إذَا كَانَ قَائمًا كَانَ الوَطْءُ حَلالا فَظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إلى بَيَانٍ، وَإِذَا كَانَ الوَطْءُ حَلالا لَمْ يَكُنْ بَيَانًا لأَنَّ كُل وَاحدَةٍ منْهُمَا عَلى هَذه الصِّفَة (وَلَهَذَا حَل وَطْؤُهُمَا عَلى مَذْهَبه) وَهَذَا في غَايَة الدِّقَّة وَيَلُوحُ منْهُ سِيَّمَا التَّحْقيقُ (إلا أَنَّهُ لا يُفْتَى به) قيل لأَنَّ المُنْكرَةَ التي يَثْبُتُ فيهَا العتْقُ لا تَخْلُو عَنْهُمَا، وَمَبْنَى الحل وَالحُرْمَة عَلى الاحْتيَاط، وَهُوَ فَاسدٌ لأَنَّ فيه تَلويحًا إلى تَرْك أَبي حَنيفَةَ الاحْتيَاطَ، وَأَرَى أَنَّهُ لا يُفْتَى به لئَلا يُتَّخَذَ مَغْمَزًا لأَبي حَنيفَةَ بتَرْك الاحْتيَاط.

فَإنْ قيل: العتْقُ إمَّا أَنْ يَكُونَ نَازلا أَوْ لا، فَإنْ كَانَ غَيْرَ نَازلٍ كَانَ إهْمَالا للفْظ عَنْ مَدْلُوله، وَإنْ كَانَ نَازلا لا يَجُوزُ وَطْؤُهُمَا. أَجَابَ عَلى كُل وَاحد منْ الشِّقَّيْن فَقَال عَلى الشِّقِّ الثَّاني (ثُمَّ يُقَالُ العتْقُ غَيْرُ نَازلٍ قيل البَيَانُ لتَعَلُّقه به) أَيْ لتَعَلُّق العتْق بالبَيَان فَكَانَ كَالعتْق المُعَلق بدُخُول الدَّار وَهُوَ غَيْرُ نَازلٍ قَبْل الدُّخُول، فَكَذَا هَذَا، وَقَال عَلى الشِّقِّ الأَوَّل (أَوْ يُقَالُ نَازلٌ) أَيْ العتْقُ نَازلٌ (في المُنْكرَة فَيَظْهَرُ في حَقِّ حُكْمٍ تَقْبَلُهُ) كَالبَيْعِ فَإنَّ المُنْكرَ يَقْبَلُهُ بأَنْ يَشْتَريَ أَحَدَ العَبْدَيْنِ عَلى أَنَّ المُشْتَريَ بالخيَار فيهمَا فَإنَّهُ يَصحُّ (وَالوَطْءُ) لا تَقْبَلُهُ المُنْكرَةُ لأَنَّهُ (يُصَادفُ المُعَيَّنَةَ) إذْ هُوَ أَمْرٌ حسِّيٌّ لا يَقَعُ إلا في المُعَيَّن، وَوَطْءُ غَيْر المُعَيَّن غَيْرُ مُمْكنٍ فَلا يَكُونُ الوَطْءُ بَيَانًا في الأُخْرَى. فَإنْ قيل: فَكَيْفَ وَقَعَ بَيَانًا في الطَّلاق؟ أَجَابَ بقَوْله (بخلاف الطَّلاق لأَنَّ المَقْصُودَ الأَصْليَّ منْ النِّكَاحِ الوَلَدُ، وَقَصْدُ الوَلَد بالوَطْء يَدُلُّ عَلى اسْتبْقَاء الملك في المَوْطُوءَة صيَانَةً للوَلَد أَمَّا الأَمَةُ فَالمَقْصُودُ منْ وَطْئهَا قَضَاءُ الشَّهْوَة دُونَ الوَلَد فَلا يَدُلُّ عَلى الاسْتبْقَاء) وَهَذَا عَلى طَريقَة تَخْصيص العلل، فَإمَّا أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ اخْتَارَ جوَازَهُ، أَوْ يُحْمَلُ عَلى المَخْلص المَعْرُوف في أُصُول الفقْه وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ في التَّقْرير أَوْ في تَقْرير.

(وَمَن قَال لأَمَته إن كَانَ أَوَّلُ وَلدٍ تَلدينَهُ غُلامًا فَأَنت حُرَّةٌ فَولدَت غُلامًا وَجَاريَةً وَلا يَدري أَيُّهمَا وُلدَ أَوَّلا عَتَقَ نصفُ الأُمِّ وَنصفُ الجَاريَة وَالغُلامُ عَبدٌ) لأَنَّ كُل وَاحدَةٍ منهُمَا تَعتقُ في حَالٍ وَهُوَ مَا إذَا وَلَدَت الغُلامَ أَوَّل مَرَّةٍ الأُمُّ بشَرطٍ وَالجَاريَةُ لكَونهَا تَبعًا لهَا، إذ الأُمُّ حُرَّةٌ حينَ وَلدَتهَا، وَتَرقُّ في حَالٍ وَهُوَ مَا إذَا وَلَدت الجَاريَةَ أَوَّلا لعَدَم الشَّرط

فيَعتِقُ نصفُ كُل وَاحِدَةٍ مِنهُمَا وَتَسعَى فِي النِّصفِ.

أمَّا الغُلامُ يَرقُّ فِي الحَالينِ فَلهَذَا يكُونُ عَبداً، وَإن ادَّعَت الأمُّ أنَّ الغُلام هُوَ المَولُودُ أوَّلا وَأنكرَ المَولى وَالجَارِيَةُ صَغِيرَةٌ فَالقَولُ قَولُهُ مَعَ اليَمِينِ لإنكَارِهِ شَرطَ العِتقِ، فَإذَا حَلفَ يَعتِقُ وَاحِدٌ مِنهُم، وَإن نَكَل عَتَقَت الأمُّ وَالجَارِيَةُ؛ لأنَّ دَعوَى الأمِّ حُرِّيَّةَ الصَّغِيرَةِ مُعتَبَرَةٌ لكَونِهَا نَفعًا مَحضًا فَاعتُبِرَ النُّكُولُ فِي حَقِّ حُرِّيَّتِهِمَا فَعَتَقَتَا، وَلو كَانَت الجَارِيَةُ كَبِيرَةً وَلم تَدَّعِ شَيئًا وَالمَسأَلةُ بِحَالهَا عَتَقَت الأمُّ بِنُكُول المَولى خَاصَّةً دُونَ الجَارِيَةِ؛ لأنَّ دَعوَى الأمِّ غَيرُ مُعتَبَرَةٍ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ الكَبِيرَةِ، وَصِحَّةُ النُّكُول تُبتَنَى عَلى الدَّعوَى فَلم يَظهَر فِي حَقِّ الجَارِيَةِ وَلو كَانَت الجَارِيَةُ الكَبِيرَةُ هِيَ المُدَّعِيَةُ لسَبقِ وِلادَةِ الغُلامِ وَالأمُّ سَاكِتَةٌ يَثبُتُ عِتقُ الجَارِيَةِ بِنُكُول المَولى دُونَ الأمِّ لمَا قُلنَا، وَالتَّحلِيفُ عَلى العِلمِ فِيمَا ذَكَرنَا لأنَّهُ استِحلافٌ عَلى فِعل الغَيرِ، وَبِهَذَا القَدرِ يُعرَفُ مَا ذَكَرنَا مِن الوَجهِ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى

الشرح:

قَال (**وَمَنْ قَال لأَمَته إنْ كَانَ أَوَّلُ وَلد تَلدينَهُ غُلامًا فَأَنْت حُرَّةٌ**) كَلامُهُ عَلى مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ. وَقَال شَمْسُ الأَئمَّة السَّرَخْسيُّ فِي المَبْسُوط وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحمَهُ اللهُ فِي الكَيْسَانيَّات هَذَا الجَوَابُ الذي ذُكرَ لَيْسَ جَوَابَ هَذَا الفَصْل، بَل فِي هَذَا الفَصْل لا يُحْكَمُ بعتْقِ وَاحد منْهُمْ، وَلكنْ يَحْلفُ المَوْلى بَالله مَا يَعْلمُ أَنَّهَا وَلدَتْ الغُلامَ أَوَّلا، فَإنْ نَكَل عَنْ اليَمين فَنُكُولُهُ كَإقْرَاره، وَإنْ حَلفَ فَهُمْ أَرقَّاءٌ. وَأَمَّا جَوَابُ الكتَاب فَفي فَصْلٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا إذَا قَال المَوْلى لأَمَته إنْ كَانَ أَوَّلُ وَلد تَلدينَهُ غُلامًا فَأَنْت حُرَّةٌ، وَإنْ كَانَ جَاريَةً فَهيَ حُرَّةٌ، فَوَلدَتْهُمَا جَميعًا وَلا يَدْري أَيُّهُمَا أَوَّلُ فَالغُلامُ رَقيقٌ وَالابْنَةُ حُرَّةٌ، وَيَعْتقُ نصْفُ الأُمِّ لأَنَّهَا إنْ وَلدَتْ الغُلامَ أَوَّلا فَهيَ حُرَّةٌ وَالغُلامُ رَقيقٌ، وَإنْ وَلدَتْ الجَاريَةَ أَوَّلا فَالجَاريَةُ حُرَّةٌ وَالغُلامُ وَالأُمُّ رَقيقَان، فَالأُمُّ تَعْتقُ في حَالٍ دُونَ حَالٍ، فَيَعْتقُ نصْفُهَا وَالغُلامُ عَبْدٌ بيَقينٍ وَالجَاريَةُ حُرَّةٌ بيَقينٍ إمَّا بعتْق نَفْسهَا وَإمَّا بعتْق الأُمِّ.

قَال صَاحبُ النِّهَايَة: وَمَا ذَكَرَهُ في الكَيْسَانيَّات هُوَ الصَّحيحُ لمَا أَنَّ الشَّرْطَ الذي لمْ يَتَيَقَّنْ بوُجُوده وَهُوَ مَا إذَا كَانَ في طَرَفٍ وَاحد كَانَ القَوْلُ فيه قَوْل مَنْ يُنْكرُ وُجُودَهُ باليَمين، كَمَا إذَا **قَال لعَبْده إنْ دَخَلت الدَّارَ غَدًا فَأَنْتَ حُرٌّ فَمَضَى الغَدُ** وَلمْ

يَدْرِ أَنَّهُ دَخَلَ الدَّارَ أَمْ لا لا يَعْتِقُ لأَنَّهُ وَقَعَ الشَّكُّ فِي شَرْطِ العِتْقِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا وَقَعَ الشَّكُّ فِي شَرْطِ العِتْقِ وَهُوَ وِلادَةُ الغُلامِ أَوَّلا، وَأَمَّا إذَا كَانَ الشَّرْطُ مَذْكُورًا فِي طَرَفَيْ الوُجُودِ وَالعَدَمِ كَانَ أَحَدُهُمَا مَوْجُودًا لا مَحَالَةَ فَحِينَئِذٍ يَحْتَاجُ إلى اعْتِبَارِ الأَحْوَالِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الكَيْسَانِيَّاتِ.

وَقَوْلُهُ (وَبِهَذَا القَدْرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الوُجُوهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى) قِيلَ هِيَ سِتَّةُ أَوْجُهٍ فَصَّلُوهَا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَحَدُهَا أَنْ يَتَصَادَقُوا أَنَّهُمْ لا يَدْرُونَ أَيُّهُمَا وُلِدَ أَوَّلا وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ أَوَّلا، وَجَوَابُهُ عَلَى الوَجْهِ المَذْكُورِ فِيهِ أَنْ يَعْتِقَ نِصْفُ الأُمِّ وَالجَارِيَةِ وَيُسْتَسْعَيَانِ فِي النِّصْفِ وَالغُلامُ رَقِيقٌ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَالثَّانِي أَنْ تَدَّعِيَ الأُمُّ أَنَّ الغُلامَ هُوَ المَوْلُودُ أَوَّلا وَيُنْكِرُ المَوْلَى ذَلِكَ وَالجَارِيَةُ صَغِيرَةٌ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ ثَانِيًا؛ وَجَوَابُهُ وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَالثَّالِثُ أَنْ تَدَّعِيَ الأُمُّ أَنَّ الغُلامَ أَوَّلٌ وَالجَارِيَةَ كَبِيرَةٌ وَلَمْ تَدَّعِ شَيْئًا وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ ثَالِثًا؛ وَجَوَابُهُ وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَيْضًا فِيهِ. وَالرَّابِعُ أَنْ **تَدَّعِيَ الجَارِيَةُ وَهِيَ كَبِيرَةٌ وَالأُمُّ سَاكِتَةٌ أَنَّ الغُلامَ وُلِدَ أَوَّلا** وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ رَابِعًا بِجَوَابِهِ وَوَجْهِهِ. وَالخَامِسُ أَنْ يَتَصَادَقُوا أَنَّ الجَارِيَةَ هِيَ الَّتِي وُلِدَتْ أَوَّلا وَالجَوَابُ أَنَّهُ لا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لِعَدَمِ شَرْطِ العِتْقِ. وَالسَّادِسُ أَنْ يَتَصَادَقُوا أَنَّ الغُلامَ وُلِدَ أَوَّلا، وَالجَوَابُ أَنَّ الأُمَّ تَعْتِقُ لِوُجُودِ شَرْطِ العِتْقِ وَكَذَلِكَ الجَارِيَةُ تَبَعًا لِلأُمِّ، وَالغُلامُ عَبْدًا لأَنَّهُ قَدْ انْفَصَلَ عَنْ الأُمِّ فِي حَالِ الرِّقِّ لِكَوْنِ وِلادَتِهِ شَرْطَ عِتْقِهَا وَالشَّرْطُ يَسْبِقُ المَشْرُوطَ فَلا يُمْكِنُ جَعْلُهُ تَابِعًا لَهَا فِيهِ، وَلَعَلَّ المُصَنِّفَ لَمْ يَذْكُرْهُمَا فِي الكِتَابِ لِظُهُورِهِمَا.

قَالَ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إلا أَن يَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ) اسْتِحسَانًا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ العَتَاقِ (وَإِن شَهِدَ أَنَّهُ طَلَّقَ إحدَى نِسَائِهِ جَازَت الشَّهَادَةُ وَيُجبَرُ الزَّوجُ عَلَى أَن يُطَلِّقَ إحدَاهُنَّ) وَهَذَا بِالإِجمَاعِ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: الشَّهَادَةُ فِي العِتقِ مِثلُ ذَلِك) وَأَصلُ هَذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عِتقِ العَبدِ لا تُقبَلُ مِن غَيرِ دَعوَى العَبدِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِندَهُمَا تُقبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى عِتقِ الأَمَةِ وَطَلاقِ المَنكُوحَةِ مَقبُولَةٌ مِن غَيرِ دَعوَى

بِالاتِّفَاقِ وَالمَسأَلَتُ مَعرُوفَتٌ. وَإِذَا كَانَ دَعوَى العَبدِ شَرطًا عِندَهُ لم تَتَحَقَّق فِي مَسأَلَتِ الكِتَابِ؛ لأَنَّ الدَّعوَى مِن المَجهُول لا تَتَحَقَّقُ فَلا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ. وَعِندَهُمَا لَيسَ بِشَرطٍ فَتُقبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِن انعَدَمَ الدَّعوَى. أَمَّا فِي الطَّلَاقِ فَعَدَمُ الدَّعوَى لا يُوجِبُ خَلَلا فِي الشَّهَادَةِ لأَنَّهَا لَيسَت بِشَرطٍ فِيهَا. وَلَو شَهِدَا أَنَّهُ أَعتَقَ إِحدَى أَمَتَيهِ لا تُقبَلُ عِندَ أَبِي حَنِيفَتَ رَحِمَهُ اللهُ وَإِن لم تَكُن الدَّعوَى شَرطًا فِيهَا لأَنَّهُ إِنَّمَا لا تُشتَرَطُ الدَّعوَى لَمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحرِيمَ الفَرجِ فَشَابَهُ الطَّلَاقَ، وَالعِتقُ المُبهَمُ لا يُوجِبُ تَحرِيمَ الفَرجِ عِندَهُ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى عِتقِ أَحَدِ العَبدَينِ. وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا شَهِدَا فِي صِحَّتِهِ عَلَى أَنَّهُ أَعتَقَ أَحَدَ عَبدَيهِ.

الشرح:

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلان عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْه) الشَّهَادَةُ عَلَى طَلاق إحْدَى نسَائه جَائزَةٌ بالإجْمَاعِ، وَيُجْبَرُ عَلَى البَيَان وَعَلى إعْتَاق أَحَد عَبْدَيْه، كَذَلكَ عنْدَهُمَا وَعنْدَ أَبِي حَنيفَةَ هِيَ بَاطلَةٌ إلا أَنْ تَكُونَ في وَصيَّة اسْتحْسَانًا عَلى مَا ذَكَرَهُ (وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عتْقِ العَبْد لا تُقْبَلُ منْ غَيْر دَعْوَى عنْدَهُ، وَعنْدَهُمَا تُقْبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى عتْقِ الأَمَة وَطَلاق المَنْكُوحَة مَقْبُولَةٌ منْ غَيْرِ دَعْوَى بالاتِّفَاق) وَإِنَّمَا اخْتَلفَ الحُكْمُ عَلَى هَذَا الطَّرِيقِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ العتْقَ منْ حُقُوق العبَاد عنْدَهُ وَمنْ حُقُوق الشَّرْعِ عنْدَهُمَا. وَجْهُ قَوْلهمَا أَنَّهُ لا يَحْتَاجُ فِيه إلى قَبُول العَبْد وَلا يَرْتَدُّ بردِّه، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْلفَ بِه وَيَصِحُّ إيجَابُهُ فِي المَجْهُول وَكُلُّ ذَلكَ دَليلٌ عَلى أَنَّ العتْقَ حَقُّ الشَّرْعِ.

وَوَجْهُ قَوْله أَنَّ الإعْتَاقَ إثْبَاتُ قُوَّة المَالكيَّة وَفيه انْتفَاءُ ذُل الرِّقِّ وَالمَمْلُوكيَّة وَكُلُّ ذَلكَ حَقُّ العَبْد لا مَحَالَةَ، هَذَا هُوَ المَشْهُودُ به وَلا يُعْتَبَرُ بغَيْره لكَوْنه منْ ثَمرَاته، فَمَا كَانَ منْ حُقُوق العبَاد لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ فيه بدُون الدَّعْوَى، وَمَا كَانَ منْ حُقُوق الشَّرْعِ تُقْبَلُ بدُونهَا، وَعتْقُ الأَمَة منْ حُقُوقه بالاتِّفَاق فَلذَلكَ تُقْبَلُ بدُونهَا وَذَلكَ لأَنَّ عتْقَهَا يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ فَرْجهَا عَلَى مَوْلاهَا، وَذَلكَ حَقٌّ منْ حُقُوق الشَّرْعِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ فيه كَالشَّهَادَة بهلال رَمَضَانَ.

فَإنْ قيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لاكْتَفَى بشَهَادَة الوَاحد لكَوْن خَبَر الوَاحد حُجَّةً في الأَمْرِ الدِّينِيِّ وَلَمَا قُبلتْ الشَّهَادَةُ عَلَى عتْقِ أَمَة وَهِيَ أُخْتُ مَوْلاهَا منْ الرَّضَاعَة إذَا

جَحدَتْهُ، إذْ لَيْسَ فِيهَا تَحْرِيمُ الفَرْجِ لأَنَّ تَحْرِيمَهُ ثَابتٌ بحُكْمِ الرَّضَاعِ قَبْل شَهَادَتِهِمَا بالإعْتَاقِ. أُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ **خَبَرَ الوَاحِدِ حُجَّةٌ فِي الأَمْرِ الدِّينِيِّ إذَا لَمْ تَقَعْ الحَاجَةُ إلَى إلزَامِ المُنْكِرِ**، وَهَاهُنَا وَقَعَتْ. وَعَنْ الثَّانِي بأَنَّ فِيه مَعْنَى الزِّنَا لأَنَّ فِعْلَ المَوْلَى بهَا قَبْلَ العِتْقِ لا يُوجِبُ الحَدَّ وَبَعْدَهُ يُوجِبُهُ لكَوْنِ بُضْعِهَا مَمْلُوكًا للمَوْلَى وَإنْ كَانَ هُوَ مَمْنُوعًا عَنْ وَطْئِهَا بالمَحْرَمِيَّةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ جَازَ لهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا وَبَدَلُ بُضْعِهَا يَكُونُ لهُ، وَإذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ فِيه تَحْرِيمُ الفَرْجِ، وَإذَا ثَبَتَ الأَصْلُ تَبَيَّنَ وَجْهُ الاخْتلافِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ بقَوْله (وَإذَا كَانَ دَعْوَى العَبْدِ شَرْطًا عِنْدَهُ) إلَى آخر المَسْأَلة. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الدَّعْوَى منْ المَجْهُول لا تَتَحَقَّقُ) قِيل عَلَيْه إذَا ادَّعَيَا ذَلكَ وَجَبَ أَنْ تُقْبَلَ البَيِّنَةُ لأَنَّ الدَّعْوَى حَصَلَتْ منْ مُعَيَّنٍ. وَأُجِيبَ بأَنَّ صَاحِبَ الحَقِّ أَحَدُهُمَا لا بعَيْنه، فَدَعْوَاهُمَا دَعْوَى غَيْرِ صَاحِبِ الحَقِّ، وَبأَنَّ الدَّعْوَى حِينَئذٍ لا تَكُونُ مُطَابقَةً للشَّهَادَة لأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى أَحَدِ العَبْدَيْنِ لا عَلَى العَبْدَيْنِ.

قَوْلُهُ (وَلوْ **شَهِدَ أَنَّهُ أَعْتَقَ إحْدَى أَمَتَيْه**) كَصُورَةِ نَقْضٍ عَلَى قَوْل أَبي حَنِيفَةَ لأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ شَرْطًا فِي حَقِّ الأَمَةِ وَلَمْ تُسْمَعْ البَيِّنَةُ هَاهُنَا.

وَوَجْهُ دَفْعه مَا ذَكَرَهُ بقَوْله (لأَنَّهُ إنَّمَا لا تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ فَشَابَهَ الطَّلاقَ، وَالعِتْقُ المُبْهَمُ لا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ عِنْدَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ لهُ أَنَّ المِلكَ قَائمٌ فِي المَوْطُوءَةِ إلَى قَوْله وَلهَذَا حَل وَطْؤُهُمَا، وَمَعْنَى قَوْله أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ أَنَّ العِتْقَ إذَا حَصَلَ اسْتَلزَمَ أَنْ يَكُونَ الوَطْءُ بَعْدَهُ زِنًا. وَاعْتُرِضَ بأَنَّ **عِتْقَ العَبْدِ المُعَيَّنِ يَسْتَلزِمُ تَحْرِيمَ اسْتِرْقَاقِه**، وَذَلكَ أَيْضًا حَقُّ الله فَوَجَبَ أَنْ تُسْتَغْنَى الشَّهَادَةُ فِيه عَنْ الدَّعْوَى. وَالجَوَابُ أَنَّ لازِمَ عِتْقِهَا مِنْ أَعْظَمِ الكَبَائِرِ وَلازِمَ عِتْقه حُرْمَةٌ لَمْ يَنُص عَلَيْهَا الشَّرْعُ فَضْلا عَنْ أَنْ تَكُونَ منْ الكَبَائرِ فَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا خَطَأٌ.

أَمَّا إذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعتَقَ أَحدَ عَبدَيهِ فِي مَرَضِ مَوتِهِ أَو شَهِدَا عَلَى تَدبِيرِهِ فِي صِحَّتِهِ أَو فِي مَرَضِهِ وَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ فِي مَرَضِ مَوتِهِ أَو بَعدَ الوَفَاةِ تُقبَلُ استِحسَانًا؛ لأَنَّ التَّدبِيرَ حَيثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً، وَكَذَا العِتقُ فِي مَرَضِ المَوتِ وَصِيَّةٌ، وَالخَصمُ فِي الوَصِيَّةِ إنَّمَا هُوَ المُوصِي وَهُوَ مَعلُومٌ. وَعَنهُ خَلَفٌ وَهُوَ الوَصِيُّ أَو الوَارِثُ، وَلأَنَّ العِتقَ فِي مَرَضِ المَوتِ يَشِيعُ بِالمَوتِ فِيهِمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا خَصمًا مُتَعَيِّنًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فِي مَرَضِ مَوْتِه) بَيَانُ قَوْلِه إلا أَنْ تَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ اسْتِحْسَانًا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ التَّدْبِيرَ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً) يَعْنِي سَوَاءٌ وَقَعَ فِي حَالِ الصِّحَّةِ أَوْ فِي حَالِ المَرَضِ. وَللاسْتِحْسَانِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا المُصَنِّفُ: أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّدْبِيرَ مُطْلَقًا وَالعِتْقَ فِي المَرَضِ وَصِيَّةٌ (وَالخَصْمُ فِي الوَصِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ المُوصِي) لأَنَّ تَنْفِيذَ الوَصَايَا حَقُّ المَيِّتِ فَكَانَ المَيِّتُ مُدَّعِيًا تَقْدِيرًا (وَعَنْهُ خَلَفٌ وَهُوَ الوَصِيُّ أَوْ الوَارِثُ) فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَالثَّانِي أَنَّ العِتْقَ يَشِيعُ بِالمَوْتِ فِيهِمَا لأَنَّهُ أَوْجَبَ العِتْقَ فِي أَحَدِهِمَا فِي حَالِ عَجْزِهِ عَنْ البَيَانِ فَكَانَ إِيجَابًا لَهُمَا وَلِهَذَا يَعْتِقُ نِصْفُ كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا) وَلَمْ يَذْكُرْ وَجْهَ القِيَاسِ، وَهُوَ أَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَجْهُولٌ وَالدَّعْوَى مِنْ المَجْهُولِ لِظُهُورِهِ مِمَّا تَقَدَّمَ.

وَلو شَهِدَا بَعدَ مَوتِهِ أَنَّهُ قَال فِي صِحتِّهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فقَد قِيل: لا تُقبَلُ لأَنَّهُ ليسَ بِوَصِيَّةٍ. وَقِيل تُقبَلُ للشُّيُوعِ هُوَ الصَّحِيحُ وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَلَوْ شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِه أَنَّهُ قَال فِي صِحَّتِه أَحَدُكُمَا حُرٌّ) قَال الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ: لا نَصَّ فِيهِ، وَاخْتَلَفَ فِيهِ مَشَايِخُنَا فَقَال بَعْضُهُمْ (لا تُقْبَلُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ) حَتَّى يَكُونَ الخَصْمُ هُوَ المُوصِي وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَقَال بَعْضُهُمْ: تُقْبَلُ لِشُيُوعِ العِتْقِ فِيهِمَا، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا فَكَانَتْ دَعْوَاهُمَا صَحِيحَةً وَهُوَ يَقْتَضِي قَبُولَ الشَّهَادَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الحَلفِ بِالعِتقِ

(وَمَن قَال إِذَا دَخَلت الدَّارَ فَكُلُّ مَملُوكٍ لي يَومَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ وَليسَ لهُ مَملُوكٌ فَاشتَرَى مَملُوكًا ثُمَّ دَخَل عَتَقَ) لأَنَّ قَولهُ يَومَئِذٍ تَقدِيرُهُ يَومَ إذ دَخَلت، إلا أَنَّهُ أَسقَطَ الفِعل وَعَوَّضَهُ بِالتَّنوِينِ فَكَانَ المُعتَبَرُ قِيَامَ المِلكِ وَقتَ الدُّخُول وَكَذَا لو كَانَ فِي مِلكِهِ يَومَ حَلفَ عَبدٌ فَبَقِيَ عَلى مِلكِهِ حَتَّى دَخَل عَتَقَ لِمَا قُلنَا. قَال (وَلو لم يَكُن قَال فِي يَمِينِهِ يَومَئِذٍ لم يَعتِق) لأَنَّ قَولهُ كُلُّ مَملُوكٍ لي للحَال وَالجَزَاءُ حُرِّيَّةُ المَملُوكِ فِي الحَال، إلا أَنَّهُ لَمَّا دَخَل الشَّرطُ عَلى الجَزَاءِ تَأَخَّرَ إلى وُجُودِ فَيَعتِقُ إذَا بَقِيَ عَلى مِلكِهِ إلى وَقتِ

الدُّخُول وَلا يَتَنَاوَلُ مَن اشتَرَاهُ بَعدَ اليَمِين.

الشرح:

(بَابُ الحَلِف بالعِتْقِ): **الحَلِفُ بالعِتْقِ** هُوَ أَنْ يَجْعَل العِتْقَ جُزْءَ الشَّرْط وَلَمَّا كَانَ المُعَلقُ قَاصِرًا فِي السَّبَبِيَّة أَخَّرَ التَّعْلِيقَ عَنْ التَّنْجيز. قَوْلُهُ (وَمَنْ قَال إذَا دَخَلت الدَّارَ) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ لا يَعْتِقَ عَلَيْه مَا يَشْتَرِيه بَعْدَ اليَمِين وَإِنْ قَال يَوْمئذ لأَنَّهُ مَا أَضَافَ العِتْقَ إلى الملك وَلا إلى سَبَبه فَكَانَ كَمَا لوْ **قَال لعَبْد الغَيْر إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ ثُمَّ دَخَل الدَّارَ** فَإِنَّهُ لا يَعْتِقُ لذَلكَ. أُجيبَ بِأَنَّهُ وُجِدَتْ الإِضَافَةُ إلى الملكِ دَلالةً لأَنَّ قَوْلهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمئذ مَعْنَاهُ إنْ مَلكْت مَمْلُوكًا وَقْتَ دُخُولِي الدَّارَ فَهُوَ حُرٌّ، بِخلاف تلكَ المَسْأَلة لأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ الإِضَافَةُ فيهَا لا صَرِيحًا وَلا دَلالةً. وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) يُرِيدُ بِه قَوْلهُ فَكَانَ المُعْتَبَرُ قِيَامَ الملكِ وَقْتَ الدُّخُول. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ قَوْلهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي للحَال) قِيل لأَنَّ اللامَ للاخْتصَاصِ، وَالاخْتصَاصُ إنَّمَا يَكُونُ بِمَمْلُوكٍ لهُ فِي الحَال إذْ لوْ لَمْ يَكُنْ الملكُ لهُ فِي الحَال كَانَ هُوَ وَغَيْرُهُ سَوَاءً.

(وَمَن قَال كُلُّ مَملُوكٍ لِي ذَكَرٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلهُ جَارِيَةٌ حَامِلٌ فَوَلدَت ذَكَرًا لم يَعتِق) وَهَذَا إذَا وَلدَت لستَّةِ أَشهُرٍ فَصَاعِدًا ظَاهِرٌ، لأَنَّ اللفظَ للحَال، وَفِي قِيَامِ الحَمل وَقتَ اليَمِينِ احتِمَالٌ لوُجُودِ أَقَل مُدَّةِ الحَمل بَعدَهُ، وَكَذَا إذَا وَلدَت لأَقَل مِن ستَّةِ أَشهُرٍ؛ لأَنَّ اللفظَ يَتَنَاوَلُ المَملُوكَ المُطلقَ، وَالجَنِينُ مَملُوكٌ تَبَعًا للأُمِّ لا مَقصُودًا، وَلأَنَّهُ عُضوٌ مِن وَجهٍ وَاسمُ المَملُوكِ يَتَنَاوَلُ الأَنفُسَ دُونَ الأَعضَاءِ وَلهَذَا لا يَملكُ بَيعَهُ مُنفَرِدًا. قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: وَفَائِدَةُ التَّقيِيدِ بِوَصفِ الذُّكُورَةِ أَنَّهُ لو قَال: كُلُّ مَملُوكٍ لي تَدخُلُ الحَامِلُ فَيَدخُلُ الحَملُ تَبَعًا لهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ **قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي ذَكَرٍ فَهُوَ حُرٌّ**) ظَاهِرٌ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ المَمْلُوكَ مُطْلَقٌ وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلى الكَامِل وَالجَنِينُ لَيْسَ بِكَامِلٍ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب. وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ التَّقْيِيد بِوَصْف الذُّكُورَة أَنَّهُ لوْ قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي تَدْخُلُ الحَامِلُ) فَيَدْخُلُ الحَمْلُ تَبَعًا بِنَاءً عَلى أَنَّ هَذَا القَوْل يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالإِنَاثَ حَتَّى المُدَبَّرِينَ وَأُمَّهَات الأَوْلادِ. حَتَّى لوْ قَال نَوَيْت الرِّجَال دُونَ النِّسَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ قَضَاءً.

(وَإن قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ أَملكُهُ حُرٌّ بَعدَ غَدٍ، أَو قَال: كُلُّ مَمْلُوكٍ لي فَهُوَ حُرٌّ بَعدَ غَدٍ وَلهُ مَمْلُوكٌ فَاشتَرَى آخَرَ ثُمَّ جَاءَ بَعدُ غَدٍ عَتَقَ الذِي فِي مِلكِهِ يَومَ حَلفَ) لأَنَّ قَولهُ أَملكُهُ للحَال حَقِيقَةً يُقَالُ: أَنَا أَملكُ كَذَا وَكَذَا وَيُرَادُ بِهِ الحَالُ، وَكَذَا يُستَعمَلُ لهُ مِن غَيرِ قَرِينَةٍ وَالاستِقبَالُ بِقَرِينَةِ السِّينِ أَو سَوفَ فَيَكُونُ مُطلقُهُ للحَال فَكَانَ الجَزَاءُ حُرِّيَّةَ المَملُوكِ فِي الحَال مُضَافًا إلى مَا بَعدَ الغَدِ فَلا يَتَنَاوَلُ مَا يَشتَرِيهِ بَعدَ اليَمِينِ.

الشرح:

(وَإنْ قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَمْلكُهُ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ أَوْ قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ وَلَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى مَمْلُوكًا آخَرَ ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ غَدٍ عَتَقَ الذي فِي مِلكِهِ يَوْمَ حَلفَ) لا الذي اشْتَرَاهُ بَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ بَعْدَ غَدٍ ظَرْفٌ لقَوْله حُرٌّ لا لقَوْله أَمْلكُهُ فَإِنَّ أَمْلكُهُ للحَال، وَقَوْلُهُ ثُمَّ جَاءَ بَعْدُ غَدٍ بالرَّفْعِ لِيَكُونَ فَاعِلُ جَاءَ لأَنَّهُ المَقْصُودُ، وَقَوْلُهُ لأَنَّ قَوْلَهُ أَمْلكُهُ للحَال حَقِيقَةً بالرَّفْعِ لِيَكُونَ خَبَرَانِ وَيَجُوزُ النَّصْبُ عَلى التَّمْييز قَال صَاحِبُ النِّهَايَةِ وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُخَالفُ رِوَايَةَ النَّحْوِ وَهِيَ أَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الحَال وَالمُسْتَقْبَل، وَظَاهِرُ تَقْرِيرِ المُصَنِّف يَدُلُّ عَلى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ. وَقَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ لا نُسَلمُ المُخَالفَةَ لأَنَّ كَوْنَهُ للحَال حَقِيقَةً لا يَدُلُّ عَلى أَنَّ كَوْنَهُ للاسْتِقْبَال لَيْسَ بِحَقِيقَةٍ لأَنَّ المُشْتَرَكَ فِي كُل وَاحِدٍ مِنْ المَعْنَيَيْنِ حَقِيقَةً وَيَدُلُّ عَليْهِمَا عَلى سَبِيل البَدَل وَيُرَجَّحُ أَحَدُهُمَا بالدَّليل إذَا وُجدَ وَقَدْ وُجدَ هُنَا دَليلٌ عَلى إرَادَةِ الحَال لأَنَّ الحَال مَوْجُودٌ فَلا يُعَارِضُهُ المُسْتَقْبَلُ المَعْدُومُ.

وَأَقُولُ: قَوْلُ المُصَنِّفِ وَكَذَا يُسْتَعْمَلُ لهُ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ يَأْبَى قَوْل هَذَا الشَّارِحِ لأَنَّ المُشْتَرَكَ لا يُسْتَعْمَلُ فِي أَحَدِ المَعْنَيَيْنِ بِعَيْنِه إلا بِقَرِينَةٍ وَليْسَ النَّحْوِيُّونَ مُجْمِعِينَ عَلى أَنَّ المُضَارِعَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا بَل مِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إلى أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الاسْتِقْبَال مَجَازٌ فِي الحَال وَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إلى عَكْسِ ذَلكَ وَلعَلهُ مُخْتَارُ المُصَنِّف لتَبَادُرِ الفَهْمِ إليْهِ وَعَلى هَذَا كَانَ الجَزَاءُ حُرِّيَّةَ المَمْلُوكِ فِي الحَال مُضَافًا إلى مَا بَعْدَ الغَدِ فَلا يَتَنَاوَلُ مَا يَشْتَرِيهِ بَعْدَ اليَمِينِ.

(وَلو قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ أَملكُهُ، أَو قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ لي حُرٌّ بَعدَ مَوتِي وَلهُ مَمْلُوكٌ فَاشتَرَى مَمْلُوكًا آخَرَ فَالذِي كَانَ عِندَ وَقتَ اليَمِينِ مُدَبَّرٌ وَالآخَرُ ليسَ بِمُدَبَّرٍ، وَإن مَاتَ عَتَقَا مِن الثُّلُثِ) وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي النَّوَادِرِ: يَعتِقُ مَا كَانَ فِي مِلكِهِ يَومَ حَلفَ

وَلا يَعتِقُ مَا استَفَادَ بَعدَ يَمِينِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَال كُلُّ مَملُوكٍ لِي إِذَا مِتّ فَهُوَ حُرٌّ. لهُ أَنَّ اللفظَ حَقِيقَةٌ للحَال عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَلا يَعتِقُ بِهِ مَا سَيَملكُهُ وَلهَذَا صَارَ هُوَ مُدَبَّرًا دُونَ الآخَرِ. وَلهُمَا أَنَّ هَذَا إِيجَابُ عِتقٍ وَإِيصَاءٌ حَتَّى أُعتُبِرَ مِن الثُّلُثِ وَفِي الوَصَايَا تُعتَبَرُ الحَالَةُ المُنتَظَرَةُ وَالحَالَةُ الرَّاهِنَةُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَدخُلُ فِي الوَصِيَّةِ بِالمَال مَا يَستَفِيدُهُ بَعدَ الوَصِيَّةِ وَفِي الوَصِيَّةِ لأَولادِ فُلانٍ مَن يُولدُ لهُ بَعدَهَا.

وَالإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلى المِلكِ أَو إِلى سَبَبِهِ، فَمِن حَيثُ إِنَّهُ إِيجَابُ العِتقِ يَتَنَاوَلُ العَبدَ المَملُوكَ اعتِبَارًا للحَالةِ الرَّاهِنَةِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا حَتَّى لا يَجُوزَ بَيعُهُ، وَمِن حَيثُ إِنَّهُ إِيصَاءٌ يَتَنَاوَلُ الذِي يَشتَرِيهِ اعتِبَارًا للحَالةِ المُتَرَبِّصَةِ وَهِيَ حَالةُ المَوتِ، وَقَبل المَوتِ حَالةُ التَّمَلُّكِ استِقبَالٌ مَحضٌ فَلا يَدخُلُ تَحتَ اللفظِ، وَعِندَ المَوتِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَال: كُلُّ مَملُوكٍ لِي أَو كُلُّ مَملُوكٍ أَملكُهُ فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلافِ قَولهِ بَعدَ غَدٍ عَلى مَا تَقَدَّمَ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ وَاحِدٌ وَهُوَ إِيجَابُ العِتقِ وَليسَ فِيهِ إِيصَاءٌ وَالحَالةُ مَحضُ استِقبَالٍ فَافتَرَقَا. وَلا يُقَالُ: إِنَّكُم جَمَعتُم بَينَ الحَال وَالاستِقبَال. لأَنَّا نَقُولُ: نَعَم لكِن بِسَبَبَينِ مُختَلفَينِ إِيجَابِ عِتقٍ وَوَصِيَّةٍ، وَإِنَّمَا لا يَجُوزُ ذَلكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

(وَلوْ قَال كُلُّ مَمْلُوك أَمْلكُهُ أَوْ قَال كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَلهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى آخَرَ فَالذي كَانَ عِنْدَهُ مُدَبَّرٌ) مُطْلقٌ (وَالآخَرُ ليْسَ بِمُدَبَّر) مُطْلقٍ بَل هُوَ مُدَبَّرٌ مُقَيَّدٌ جَازَ لهُ أَنْ يَبِيعَهُ (وَإِنْ مَاتَ عَتَقَا مِنْ الثُّلُث) مُشْتَرَكَيْنِ فِيه (وَقَال أَبُو يُوسُفَ فِي النَّوَادِر: يَعْتِقُ مَا كَانَ فِي مِلكه يَوْمَ حَلفَ) بِطَرِيقِ التَّدْبِير (وَلا يَعْتِقُ مَا اسْتَفَادَ بَعْدَ يَمِينه) لأَنَّ اللفْظَ حَقِيقَةٌ للحَال عَلى مَا بَيَّنَّا وَهُوَ مُرَادٌ فَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ مُرَادًا عَلى أَصْلنَا وَلهُمَا أَنَّ هَذَا إِيجَابُ عِتْقٍ وَإِيصَاء) أَمَّا إِنَّهُ إِيجَابُ عِتْقٍ فَبِقَوْله كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلكُهُ أَوْلى فَهُوَ حُرٌّ، وَأَمَّا إِنَّهُ إِيصَاءٌ فَبِقَوْله بَعْدَ مَوْتِي، وَلهَذَا أُعْتُبِرَ مِنْ الثُّلُث، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ (فَفِي الوَصَايَا تُعْتَبَرُ الحَالةُ المُنْتَظَرَةُ أَيْ المُتَرَبِّصَةُ) وَالحَالةُ الرَّاهِنَةُ أَيْ الحَاضِرَةُ؛ سُمِّيَتْ بالرَّاهِنَة لأَنَّ الرَّهْنَ هُوَ الحَبْسُ وَالمُرْتَهِنُ مَحْبُوسٌ فِيهَا لا فِيمَا قَبْلهَا وَلا فِيمَا بَعْدَهَا، كَذَا فِي الشُّرُوحِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الوَصِيَّة بالمَال مَا يَسْتَفِيدُهُ بَعْدَ الوَصِيَّة وَفِي الوَصِيَّة لأَوْلاد فُلانٍ دَخَل فِيهَا المَوْجُودُ عِنْدَهَا، وَمَنْ يُولدُ بَعْدَهَا إِذَا عَاشَ

إلى وَقْتِ مَوْتِ المُوصِي.

وَالإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إلى المِلْكِ أَوْ إلى سَبَبِه، فَهَذَا الكَلامُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيجَابُ العِتْقِ يَتَنَاوَلُ العَبْدَ المَمْلُوكَ اعْتِبَارًا للحَالةِ الرَّاهِنَةِ لِيَصِيرَ الإِيجَابُ مُضَافًا إلى المِلْكِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا لا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيصَاءٌ يَتَنَاوَلُ الذي يَشْتَرِيه اعْتِبَارًا للحَالةِ المُتَرَبِّصَةِ وَهِيَ حَالةُ المَوْتِ وَيَصِيرُ مُدَبَّرًا بَعْدَهُ وَلا يَصِيرُ مُدَبَّرًا قَبْلَهُ كَالذي كَانَ فِي مِلكِه لأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الكَلامُ حَالةَ التَّمَلُّكِ لا مِنْ حَيْثُ الإِيجَابُ لِعَدَمِ الإِضَافَةِ إلى المِلْكِ وَإِلى سَبَبِه، وَلا مِنْ حَيْثُ الإِيصَاءُ لأَنَّهُ يَكُونُ عِنْدَ المَوْتِ، فَكَانَ حَالُ التَّمَلُّكِ اسْتِقْبَالا مَحْضًا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ اللفْظُ فَلا يَصِيرُ مُدَبَّرًا حَالَ التَّمَلُّكِ، وَإِنَّمَا هُوَ عِنْدَ المَوْتِ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا فِي مِلكِه يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَوْ أَمْلكُهُ فَهُوَ حُرٌّ لِدُخُولِه حِينَئِذٍ تَحْتَ الحَالِ المُتَرَبِّصَةِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا لِكَوْنِ العِتْقِ فِي المَرَضِ وَصِيَّةً، بِخِلافِ قَوْلِه كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَمْلكُهُ أَوْ لِي حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ وَاحِدٌ وَهُوَ إِيجَابُ العِتْقِ وَلَيْسَ فِيه إِيصَاءٌ، وَالحَالةُ مَحْضُ اسْتِقْبَالٍ لا يَتَنَاوَلُهَا الإِيجَابُ لِعَدَمِ الإِضَافَةِ إلى المِلْكِ وَإِلى سَبَبِه فَافْتَرَقَا، وَعَلى هَذَا قَوْلُهُ (وَالإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إلى المِلْكِ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِه وَفِي الوَصَايَا مَعْنَى لا أَنْ يَكُونَ جَوَابَ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْه بَعْضُ الشَّارِحِينَ.

قَالَ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ يَنْبَغِي أَنْ لا يَتَنَاوَلَ الإِيجَابُ المُشْتَرِيَ أَصْلا فِي الحَالِ وَلا فِي المَآلِ، لأَنَّ التَّنَاوُلَ إِنَّمَا يَكُونُ مُضَافًا إلى المِلْكِ أَوْ إلى سَبَبِه، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا فِي حَقِّه بِمَوْجُودٍ. فَأَجَابَ بِأَنَّ تَنَاوُلَهُ بِاعْتِبَارِ الإِيصَاءِ لا الإِيجَابِ الحَالِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُقَالُ إِنَّكُمْ جَمَعْتُمْ بَيْنَ الحَالِ وَالاسْتِقْبَالِ) إِشَارَةٌ إلى جَوَابِ أَبِي يُوسُفَ، وَلَعَلهُ أَرَادَ بِقَوْلِه بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ إِيجَابَ عِتْقٍ وَوَصِيَّةَ الأَلفَاظِ الدَّالةِ عَلى ذَلِكَ فِي طَرَفَيْ الكَلامِ؛ لأَنَّ الحَقِيقَةَ وَالمَجَازَ مِنْ صِفَاتِ اللفْظِ، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ يَسْتَلزِمُ التَّنَافِيَ بَيْنَ طَرَفَيْ كَلامٍ وَاحِدٍ إِنْ كَانَ المُرَادُ إِيجَابَ عِتْقٍ فِي الحَالِ أَوْ كَوْنَهُ إِيصَاءً فَقَطْ إِنْ كَانَ المُرَادُ إِيجَابَ عِتْقٍ بَعْدَ المَوْتِ، وَلَوْ قَالَ هَذَا الكَلامُ تَدْبِيرٌ وَالتَّدْبِيرُ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً وَالوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ فِيهَا الحَالةُ الرَّاهِنَةُ وَالمُنْتَظَرَةُ فَيَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا كَانَ فِي مِلكِه وَمَا يُوجَدُ بَعْدَ المَوْتِ، وَأَمَّا مَا بَيْنَهُمَا فَلَيْسَ بِدَاخِلٍ تَحْتَهُ فَلا يَصِيرُ المُسْتَحْدَثُ مُدَبَّرًا حَتَّى يَمُوتَ لَعَلهُ كَانَ أَسْهَلَ تَأَتِّيًا وَأَسْلَمَ

مِنْ الاعْتِرَاضِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

باب العتق على جعل

(وَمَن أعتَقَ عَبدَهُ عَلى مَالٍ فَقبِل العَبدُ عَتَقَ) وَذَلكَ مِثل أن يَقُول أنتَ حُرٌّ عَلى أَلف دِرهَمٍ أَو بِأَلفِ دِرهَمٍ وَإِنَّمَا يُعتَقُ بِقَبُوله؛ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَال بِغَيرِ المَال إذ العَبدُ لا يَملكُ نَفسَهُ وَمِن قَضِيَّةِ المُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الحُكمِ بِقَبُول العِوَضِ للحَال كَمَا فِي البَيعِ، فَإِذَا قَبِل صَارَ حُرًّا، وَمَا شَرَطَ دَينٌ عَليهِ حَتَّى تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ، بِخِلافِ بَدَل الكِتَابَةِ؛ لأَنَّهُ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ عَلى مَا عُرِفَ، وَإِطلاقُ لفظِ المَال يَنتَظِمُ أَنوَاعَهُ مِن النَّقدِ وَالعَرَضِ وَالحَيَوَانِ، وَإِن كَانَ بِغَيرِ عَينِهِ؛ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَال بِغَيرِ المَال فَشَابَهَ النِّكَاحَ وَالطَّلاقَ وَالصُّلحَ عَن دَمِ العَمدِ، وَكَذَا الطَّعَامُ وَالمَكِيلُ وَالمَوزُونُ إذَا كَانَ مَعلُومَ الجِنسِ، وَلا تَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصفِ؛ لأَنَّهَا يَسِيرَةٌ.

الشرح:

(**بَابُ العِتْقِ عَلى جُعْلٍ**): الجُعْلُ بِالضَّمِّ مَا جُعِل لِلإِنْسَانِ مِنْ شَيْءٍ عَلى شَيْءٍ يَفْعَلُهُ، وَكَذَلِكَ الجِعَالَةُ بِالكَسْرِ، وَإِنَّمَا أَخَّرَ هَذَا البَابَ لِكَوْنِ المَال غَيْرِ أَصْلٍ فِي بَابِ العِتْقِ (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلى مَالٍ) أَيِّ مَالٍ كَانَ مِنْ عُرُوضٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ غَيْرِهِمَا (مِثْل أَنْ يَقُول أَنْتَ حُرٌّ عَلى أَلف دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلف دِرْهَمٍ) **أَوْ عَلى أَنَّ لِي عَلَيْك أَلفًا أَوْ عَلى أَلفٍ تُؤَدِّيهَا أَوْ عَلى أَنْ تُعْطِيَنِي أَلفًا أَوْ عَلى أَنْ تَجِيئَنِي بِأَلفٍ** (فَقَبِل العَبْدُ عَتَقَ) سَاعَةَ قَبُوله. لا يُقَالُ كَلِمَةُ عَلى لِلشَّرْطِ فَيَكُونُ العِتْقُ مُعَلقًا بِشَرْطِ أَدَاءِ الأَلف كَمَا لوْ قَال إنْ أَدَّيْت إلَيَّ أَلفًا لا لِمَا قِيل إنَّهَا إنَّمَا تَكُونُ لِلشَّرْطِ إذَا دَخَلتْ فِيمَا يَكُونُ عَلى خَطَرِ الوُجُودِ وَذَلِكَ فِي الأَفْعَال دُونَ الأَعْيَانِ لأَنَّ بَعْضَ الصُّوَرِ المَذْكُورَةِ دَخَلتْ فِيهِ عَلى الأَفْعَال، بَل لِمَا قِيل لأَنَّ الكَلامَ فِيمَا إذَا كَانَ مُرَادُهُ التَّنْجِيزَ بِعِوَضٍ لا التَّعْلِيقَ فَكَانَ الصَّارِفُ عَنْ الشَّرْطِيَّةِ دَلالةَ الحَال (وَإِنَّمَا يُعْتَقُ العَبْدُ بِقَبُوله لأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَال بِغَيْرِ المَال إذْ العَبْدُ لا يَمْلكُ نَفْسَهُ) فَقَوْلُهُ إذْ العَبْدُ لا يَمْلكُ نَفْسَهُ دَلِيلٌ عَلى كَوْنِه مُعَاوَضَةً بِغَيْرِ مَالٍ وَهُوَ يَحْتَمِلُ وُجُوهًا: أَحَدَهَا أَنَّ العَبْدَ لا يَمْلكُ نَفْسَهُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ لأَنَّهُ مَالٌ فَلا يَمْلكُ المَال، وَإِذَا لمْ يَمْلكْهُ كَانَ مَا بَذَلهُ مِنْ العِوَضِ فِي مُقَابَلةِ مَا ليْسَ بِمَالٍ وَليْسَ بِشَيْءٍ لأَنَّ المَوْلى يَمْلكُهُ؛ فَكَانَ مَا بَذَلهُ فِي مُقَابَلةِ المَال وَالثَّانِي العَبْدُ لا يَمْلكُ نَفْسَهُ لأَنَّهُ

لَيْسَ بِمَالٍ بِالنِّسْبَةِ إلى نَفسه لِكَوْنِه مُبقًى عَلى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ بِالنِّسْبَةِ إلَيْه، وَلِهَذَا صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْحُدُودِ وَالقِصَاصِ وَغَيْرِهِمَا.

وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ سَقَطَ مِلْكُ المَوْلَى فِي ذَاتِه بِالإِعْتَاقِ أَوْ بِبَيْعِ نَفْسِه مِنْهُ فَكَانَ مَا بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ. ذُكِرَ هَذَانِ الوَجْهَانِ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ، وَهَذَا أَيْضًا لَيْسَ بِشَيْءٍ لأَنَّ العَبْدَ مَالٌ بِالنِّسْبَةِ إلى مَوْلاهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالا بِالنِّسْبَةِ إلى نَفْسِه فَكَانَ مَا بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَالٍ عِنْدَ المَوْلَى. وَالثَّالِثُ أَنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ نَفْسَهُ بِهَذَا العَقْدِ لِكَوْنِه إِسْقَاطًا فَلَمْ يَدْخُل بِه فِي يَدِه شَيْءٌ مِنْ المَالِ. غَايَةُ مَا يُقَالُ إِنَّهُ ثَبَتَ لَهُ بِه قُوَّةٌ شَرْعِيَّةٌ وَهِيَ لَيْسَتْ بِمَالٍ لا مَحَالَةَ، فَكَانَ مَا بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ بَل مَا هُوَ قُوَّةٌ شَرْعِيَّةٌ، وَهَذَا أَقْرَبُ مِنْهُمَا. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَمِنْ قَضِيَّةِ المُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الحُكْمِ بِقَبُول العِوَضِ لِلحَال كَمَا فِي البَيْعِ، فَإِذَا قَبِل صَارَ حُرًّا، وَإِنْ رَدَّ أَوْ أَعْرَضَ عَنْ المَجْلِسِ بِالقِيَامِ أَوْ بِالاشْتِغَال بِمَا يُعْلَمُ بِه قَطْعُ المَجْلِسِ بَطَل، فَإِذَا قَبِل صَارَ مَا شَرَطَ دَيْنًا عَلَيْه حَتَّى تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِه لأَنَّهُ يَسْعَى وَهُوَ حُرٌّ، بِخِلافِ بَدَل الكِتَابَةِ حَيْثُ لا تَصِحُّ بِه الكَفَالَةُ لأَنَّهُ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ، فَكَانَ ثُبُوتُهُ عَلى خِلافِ القِيَاسِ، إِذْ القِيَاسُ يَنْفِي أَنْ يَسْتَوْجِبَ المَوْلَى الدَّيْنَ عَلى عَبْدِه، فَلَمَّا ثَبَتَ بِخِلافِ القِيَاسِ ضَرُورَةَ حُصُول الحُرِّيَّةِ لِلمُكَاتَبِ وَحُصُولُ المَال لِلمَوْلَى اقْتَصَرَ عَلى مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ وَلَمْ يَعْدُ إِلى الكَفَالَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِطْلاقُ لَفْظِ المَال يَنْتَظِمُ أَنْوَاعَهُ مِنْ النَّقْدِ) يَعْنِي فِي قَوْلِه وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلى مَالٍ. وَقَوْلُهُ (فَشَابَهَ النِّكَاحَ) يَعْنِي إِذَا شَابَهَ ذَلِكَ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ الحَيَوَانُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ هُنَا كَمَا جَازَ ذَلِكَ فِي تِلْكَ العُقُودِ (وَكَذَلِكَ الطَّعَامُ وَالمَكِيلُ وَالمَوْزُونُ إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الجِنْسِ) كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ عَلى مِائَةِ قَفِيزِ حِنْطَةٍ (وَلا يَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصْفِ) بِأَنْ لَمْ يَقُل إِنَّهَا جَيِّدَةٌ أَوْ رَدِيئَةٌ رَبِيعِيَّةٌ أَوْ خَرِيفِيَّةٌ، فَإِنَّ جَهَالَةَ الوَصْفِ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهَا يَسِيرَةً.

قَال (وَلو علقَ عِتقَهُ بِأَدَاءِ المَال صَحَّ وَصَارَ مَأذُونًا) وَذَلكَ مِثل أَن يَقُول إِن أَدَّيت إِليَّ أَلفَ دِرهَمٍ فَأَنتَ حُرٌّ؛ وَمَعنَى قَولِه صَحَّ أَنَّهُ يُعتَقُ عِندَ الأَدَاءِ مِن غَيرِ أَن يَصِيرَ مُكَاتَبًا؛ لأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي تَعلِيقِ العِتقِ بِالأَدَاءِ وَإِن كَانَ فِيهِ مَعنَى المُعَاوَضَةِ فِي الانتِهَاءِ عَلى مَا نُبَيِّنُ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى. وَإِنَّمَا صَارَ مَأذُونًا؛ لأَنَّهُ رَغَّبَهُ فِي الاكتِسَابِ بِطَلَبِهِ الأَدَاءَ مِنهُ، وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ دُونَ التَّكَدِّي فَكَانَ إِذنًا لَهُ دَلالَةً.

الشرح:

(وَلوْ عَلقَ عِتْقَهُ بِأَدَاءِ المَال صَحَّ) لأنَّ هَذه الصِّيغَةَ: أَعْنِي قَوْلهُ إنْ أَدَّيْت إليَّ ألفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتَ حُرٌّ صِيغَةُ التَّعْلِيقِ فَيَتَعَلقُ عِتْقُهُ بِأَدَاءِ المَال كَالتَّعْليق بِسَائِرِ الشُّرُوط، وَلِهَذَا لا يَحْتَاجُ فِيه إلى قَبُول العَبْد وَلا يَرْتَدُّ بِرَدِّه، وَللمَوْلى أنْ يَبِيعَهُ قَبْل الأَدَاء كَمَا فِي التَّعْليق بِسَائِرِ الشُّرُوط. وَقَوْلُهُ (منْ غَيْرِ أَنْ يَصيرَ مُكَاتَبًا) يَعْني لا تَثْبُتُ أَحْكَامُ المُكَاتَبِينَ، حَتَّى لوْ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً فَالمَالُ لمَوْلاهُ وَلا يُؤَدِّي عَنْهُ، وَلوْ مَاتَ المَوْلى فَالعَبْدُ رَقِيقٌ يُورَثُ عَنْهُ مَعَ مَا فِي يَده منْ أَكْسَابه، وَلوْ كَاتَبَ أَمَةً فَوَلدَتْ ثُمَّ أَدَّتْ لمْ يُعْتَقْ وَلدُهَا، وَلوْ حَطَّ المَال أوْ أَبْرَأَهُ المَوْلى لمْ يُعْتَقْ، وَلوْ كَانَ مُكَاتَبًا لكَانَ الحُكْمُ عَلى عَكْسِ مَا ذُكرَ فِي الجَميع. وَقَوْلُهُ (وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ) يَعْني منْ التَّرْغيب فِي الاكْتسَاب لأَنَّهَا هِيَ المَشْرُوعَةُ عِنْدَ الاخْتيَار (دُونَ التَّكَدِّي) لأَنَّهُ يُدْنِئُ المَرْءَ وَيَخُسُّهُ.

(وَإِن أحضرَ المَال أَجبَرَهُ الحَاكِمُ عَلى قبضِهِ وَعَتَقَ العَبدُ) وَمَعنَى الإِجبَارِ فِيهِ وَفِي سَائِرِ الحُقُوقِ أَنَّهُ يَنزِلُ قَابِضًا بِالتَّخليَةِ.

وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُجبَرُ عَلى القَبُول وَهُوَ القِيَاسُ؛ لأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ إذ هُوَ تَعليقُ العِتقِ بِالشَّرطِ لفظًا، وَلِهَذَا لا يَتَوَقَّفُ عَلى قَبُول العَبدِ وَلا يَحتَمِلُ الفَسخَ وَلا جَبرَ عَلى مُبَاشَرَةِ شُرُوطِ الأيمَانِ؛ لأَنَّهُ لا استِحقَاقَ قَبل وُجُودِ الشَّرطِ، بِخِلافِ الكِتَابَةِ؛ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَالبَدَلُ فِيهَا وَاجِبٌ. وَلنَا أَنَّهُ تَعليقٌ نَظَرًا إلى اللفظِ وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إلى المَقصُودِ؛ لأَنَّهُ مَا عَلقَ عِتقَهُ بِالأدَاءِ إلا ليَحُثَّهُ عَلى دَفعِ المَال فَيَنَال العَبدُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ وَالمَولى المَال بِمُقَابَلتِهِ بِمَنزِلةِ الكِتَابَةِ، وَلِهَذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلاقِ فِي مِثل هَذَا اللفظِ حَتَّى كَانَ بَائِنًا فَجَعَلنَاهُ تَعليقًا فِي الابتِدَاءِ عَمَلا بِاللفظِ وَدَفعًا للضَّرَرِ عَن المَولى حَتَّى لا يَمتَنِعَ عَليهِ بَيعُهُ، وَلا يَكُونُ العَبدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ وَلا يَسرِي إلى الوَلدِ المَولُودِ قَبل الأدَاءِ، وَجَعَلنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الانتِهَاءِ عِندَ الأدَاءِ دَفعًا للغُرُورِ عَن العَبدِ حَتَّى يُجبَرَ المَولى عَلى القَبُول، فَعَلى هَذَا يَدُورُ الفِقهُ وَتَخرُجُ المَسَائِلُ نَظِيرُهُ الهِبَةُ بِشَرطِ العِوَضِ. وَلو أَدَّى البَعضَ يُجبَرُ عَلى القَبُول إلا أَنَّهُ لا يَعتِقُ مَا لم يُؤَدِّ الكُل لعَدَمِ الشَّرطِ كَمَا إذَا حَطَّ البَعضَ وَأَدَّى البَاقِيَ. ثُمَّ لو أَدَّى أَلفًا اكتَسَبَهَا قَبل التَّعليقِ رَجَعَ المَولى عَليهِ وَعَتَقَ لاستِحقَاقِهَا، وَلو كَانَ اكتَسَبَهَا بَعدَهُ لم يَرجِع عَليهِ؛ لأَنَّهُ مَأذُونٌ مِن جِهَتِهِ بِالأدَاءِ مِنهُ،

ثُمَّ الأَدَاءُ فِي قَولِهِ إن أَدَّيت يَقتَصِرُ عَلى المَجلسِ؛ لأَنَّهُ تَخيِيرٌ، وَفِي قَولِهِ إذَا أَدَّيت لا يَقتَصِرُ؛ لأَنَّ إذَا تُستَعمَلُ للوَقتِ بِمَنزِلَةِ مَتَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَفِي سَائِرِ الحُقُوقِ) يُرِيدُ بِهِ الثَّمَنَ وَبَدَلَ الخُلعِ وَبَدَلَ الكِتَابَة وَمَا أَشْبَهَهَا. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ) يَعْنِي المَوْلَى (يَنْزِلُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَة) بِرَفْعِ المَانِعِ سَوَاءٌ قَبَضَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ، وَلَيْسَ المُرَادُ بِالإِجْبَارِ مَا هُوَ المَفْهُومُ مِنْهُ عِنْدَ النَّاسِ مِنْ الإِكْرَاه بِالضَّرْب أَوْ الحَبْسِ، وَقَوْلُهُ (إِذْ هُوَ **تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا**) احْتِرَازٌ عَنْ الكِتَابَة فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِتَعْلِيقٍ لَفْظِيٍّ، فَإِنَّهُ لَوْ **قَالَ لِعَبْدِه كَاتَبْتُك عَلَى كَذَا مِنْ المَال** صَحَّتْ الكِتَابَةُ وَلَيْسَ فِيه تَعْلِيقٌ لَفْظِيٌّ. لِعَدَمِ أَلفَاظ الشَّرْطِ فِيه. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُول العَبْد) تَوْضِيحٌ لِكَوْنِه تَصَرُّفَ يَمِين. وَقَوْلُهُ (وَلا جَبْرَ عَلَى مُبَاشَرَةِ شُرُوط الأَيْمَان) مُتَّصِلٌ بِقَوْله لأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لا اسْتِحْقَاق) تَقْرِيرُهُ: لا جَبْرَ إلا بِاسْتِحْقَاقٍ وَلا اسْتِحْقَاقَ (قَبْل وُجُود الشَّرْط) وَلِهَذَا يُمْكِنُهُ البَيْعُ قَبْل الأَدَاء. وَقَوْلُهُ (بِخِلاف الكِتَابَة) مُتَّصِلٌ بِقَوْله إِذْ هُوَ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْط لَفْظًا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ لأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَة (مُعَاوَضَةٌ وَالبَدَلُ فِيهَا وَاجِبٌ) فَكَانَ الجَبْرُ بَعْدَ الاسْتِحْقَاق (وَلَنَا أَنَّهُ تَعْلِيقٌ نَظَرًا إلَى اللفْظِ) كَمَا ذَكَرْنَا (وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إلَى المَقْصُود لأَنَّهُ مَا عَلقَ عِتْقَهُ بِالأَدَاء إلا لِيَحُثَّهُ عَلَى دَفْعِ المَال فَيَنَالُ العَبْدُ شَرَفَ الحُرِّيَّة وَالمَوْلَى المَال بِمُقَابَلته بِمَنْزِلَة الكِتَابَة وَلِهَذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلاق فِي مِثْل هَذَا اللفْظ) بِأَنْ **يَقُول إنْ أَدَّيْت إلَيَّ أَلفًا فَأَنْت طَالِقٌ** (حَتَّى) لَوْ طَلقَهَا بِهَذِه الصِّفَة (كَانَ بَائِنًا فَجَعَلنَاهُ تَعْلِيقًا فِي الابْتِدَاء عَمَلا بِاللفْظ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ المَوْلَى حَتَّى لا يَمْتَنِعَ عَلَيْه بَيْعُهُ وَلا يَكُونَ العَبْدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِه وَلا يَسْرِيَ إلَى الوَلَد المَوْلُود قَبْل الأَدَاء، وَجَعَلنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الانْتِهَاء عِنْدَ الأَدَاء دَفْعًا لِلغُرُور عَنْ العَبْدِ) فَإِنَّهُ مَا تَحَمَّل المَشَقَّةَ فِي اكْتِسَاب المَال إلا لِيَنَال شَرَفَ الحُرِّيَّة فَيُجْبَرُ عَلَى القَبُول.

فَإِنْ قِيل: لا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً أَصْلا لأَنَّ البَدَل وَالمُبْدَل كِلاهُمَا عِنْدَ الأَدَاءِ مِلكٌ لِلمَوْلَى، لأَنَّهُ قَبْل الأَدَاء عَبْدٌ وَهُوَ وَمَا فِي يَدِه لِمَوْلاهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ عِنْدَ الأَدَاء مَعْنَى الكِتَابَة مِنْ الوَجْه الذِي بَيَّنَّا ثَبَتَ شَرْطُ صِحَّتِه اقْتِضَاءً وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ العَبْدُ أَحَقَّ بِالمُؤَدَّى فَيَثْبُتُ هَذَا سَابِقًا عَلَى الأَدَاءِ مَتَى وُجِدَ

الأَدَاءُ وَصَارَ كَمَا إِذَا **كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى نَفْسِهِ وَمَالِهِ وَكَانَ اكْتَسَبَ مَالا قَبْلَ الكِتَابَةِ** فَإِنَّهُ يَصِيرُ أَحَقَّ بِذَلِكَ المَالِ، حَتَّى لوْ أَدَّى ذَلِكَ عَتَقَ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ وَغَيْرِهِ مَنْسُوبًا إلى مَبْسُوطِ شَيْخِ الإِسْلامِ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدهمَا أَنَّ ثُبُوتَ مَعْنَى الكِتَابَةِ هُوَ المُعَارِضُ فَلا بُدَّ مِنْ إِثْبَاتِهِ. وَالثَّانِي أَنَّ حُصُول شَرْطِ صِحَّةِ الشَّيْءِ عِبَارَةٌ لا يَقْتَضِي صِحَّتَهُ فَضْلا عَنْ حُصُولِهِ اقْتِضَاءً.

وَلعَلَ الصَّوَابَ فِي الجَوَابِ أَنْ يُقَال: لَمَّا صَحَّتْ الكِتَابَةُ وَالمَعْنَى الذي ذَكَرْتُمْ قَائِمٌ فِيهَا وَهِيَ مُعَاوَضَةٌ لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى التَّعْلِيقِ، فَلأَنْ يَصِحَّ العِتْقُ عَلَى مَالٍ وَفِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ أَوْلَى فَيَكُونُ مُلحقًا بِالكِتَابَةِ دَلالةً وَقَوْلُهُ (فَعَلَى هَذَا) أَيْ عَلَى العَمَلِ بِالشَّبَهَيْنِ (يَدُورُ المَعْنَى الفِقْهِيُّ وَتَخْرِيجُ المَسَائِلِ) المُتَعَارِضَةِ: يَعْنِي أَنَّ قَوْلَهُ إِنْ أَدَّيْت إِلَيَّ أَلفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتَ حُرٌّ أَلحَقَ فِي بَعْضِ الأَحْكَامِ بِمَحْضِ التَّعْلِيقِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَسَائِلِ القِيَاسِ مِنْ تَمَكُّنِهِ مِنْ البَيْعِ وَغَيْرِهِ، وَأَلحَقَ فِي بَعْضِهَا بِالكِتَابَةِ مِنْ جَبْرِ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ، لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ هَذَا اللفْظُ تَعْلِيقًا نَظَرًا إلى اللفْظِ وَمُعَاوَضَةً نَظَرًا إلى المَقْصُودِ عَمِلنَا بِالشَّبَهَيْنِ: شَبَهِ التَّعْلِيقِ فِي حَالةِ الابْتِدَاءِ وَشَبَهِ المُعَاوَضَةِ فِي حَالةِ الانْتِهَاءِ.

كَمَا فِي الهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ فَإِنَّهَا هِبَةٌ ابْتِدَاءً حَتَّى لَمْ تَجُزْ فِي المُشَاعِ، وَاشْتَرَطَ القَبْضَ فِي المَجْلِسِ وَبَيعَ انْتِهَاءً حَتَّى لَمْ يَتَمَكَّنْ الوَاهِبُ مِنْ الرُّجُوعِ وَجَرَتْ الشُّفْعَةُ فِي العَقَارِ وَيَرُدُّ بِالعَيْبِ، وَلوْ أَدَّى البَعْضَ يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ لأَنَّ الذي أَتَى بِهِ بَعْضُ تِلكَ الجُمْلةِ، فَإِذَا ثَبَتَ الإِجْبَارُ عَلَى قَبُولِ الكُل ثَبَتَ فِي البَعْضِ كَمَا فِي الكِتَابَةِ، وَهَذِهِ رِوَايَةُ الزِّيَادَاتِ، وَقِيل هُوَ اسْتِحْسَانٌ.

وَمَا ذُكِرَ فِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الإِسْلامِ أَنَّهُ لا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ البَعْضِ لأَنَّ مَعْنَى الكِتَابَةِ عِنْدَنَا يَثْبُتُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ عَتَقَ بِمَا أَدَّاهُ إلى المَوْلى، وَإِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الجَمِيعِ، فَمَا لمْ يُوجَدْ أَدَاءُ جَمِيعِ المَال لا يَثْبُتُ مَعْنَى الكِتَابَةِ هُوَ القِيَاسُ، لا أَنَّهُ بِأَدَاءِ البَعْضِ لا يُعْتَقُ مَا لمْ يُؤَدِّ الكُل لعَدَمِ الشَّرْطِ، كَمَا إِذَا حَطَّ البَعْضَ وَأَدَّى البَعْضَ البَاقِيَ، لأَنَّ الشَّرْطَ وُجُودُ الجَمِيعِ، فَإِذَا لمْ يُوجَدْ بَعْضُهُ كَانَ كَمَا إِذَا لمْ يُوجَدْ كُلُّهُ، وَإِذَا حَطَّ الجَمِيعَ لمْ يُعْتَقْ لانْتِفَاءِ الشَّرْطِ فَكَذَلكَ هَذَا، بِخِلافِ الكِتَابَةِ لأَنَّ المَال هُنَاكَ وَاجِبٌ عَلى المُكَاتَبِ فَيَتَحَقَّقُ إِبْرَاؤُهُ عَنْهُ سَوَاءٌ أَبْرَأَهُ عَنْ الكُل أَوْ البَعْضِ، وَلوْ **أَدَّى أَلفًا اكْتَسَبَهَا قَبْلَ العِتْقِ**

رَجَعَ المَوْلى عَلَيْه وَعَتَقَ، أَمَّا الرُّجُوعُ عَلَيْه بِأَلف أُخْرَى مثْلِهَا فَلأَنَّ الأَلفَ التي أَدَّاهَا كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً منْ جَانب المَوْلى فَلا يَحْصُلُ المَقْصُودُ بِأَدَائه لأَنَّ مَقْصُودَهُ أَنْ يَحُثَّهُ عَلى الاكْتسَاب ليُؤَدِّيَ منْ كَسْبِه فَيَمْلكُ المَوْلى مَا لَمْ يَكُنْ في ملكه قَبْل هَذَا وَهَذَا لَيْسَ كَذَلكَ، وَأَمَّا أَنَّهُ عَتَقَ فَلوُجُود شَرْط الحنْث لَمَا أَنَّ كَوْنَ الأَلف مُسْتَحَقَّةً لا يَمْنَعُ كَوْنَهُ شَرْطَ الحنْث كَمَا لوْ غَصَبَ مَال إِنْسَانٍ وَأَدَّاهُ (ثُمَّ الأَدَاءُ في قَوْله إِنْ أَدَّيْت يَقْتَصرُ عَلى المَجْلسِ) وَهَذَا ظَاهرُ الرِّوَايَة. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَقْتَصرُ عَلَيْه كَمَا في التَّعْليق بسَائر الشُّرُوط. وَجْهُ الظَّاهرِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْله لأَنَّهُ يُخَيَّرُ العَبْدُ بَيْنَ الأَدَاءِ وَالامْتنَاعِ عَنْهُ فَكَانَ كَالتَّخْيير بمَشيئَة العَبْد إِذَا قَال أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شئْت.

فَإِنْ قيل: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ يَصيرُ مَأْذُونًا لهُ في التِّجَارَة فَكَيْفَ يَكُونُ الأَدَاءُ مُقْتَصرًا عَلى المَجْلس؟ أُجيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ يَكُونُ في صُورَة إِذَا أَدَّيْت أَوْ مَتَى أَدَّيْت، فَإِنَّ الأَدَاءَ فيهمَا لا يَقْتَصرُ عَلى المَجْلسِ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال لا تَنَافيَ بَيْنَهُمَا لجَواز أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا بالتِّجَارَة، وَيَقْتَصرُ الأَدَاءُ عَلى المَجْلسِ وَيَتَّجرُ فيه وَيُؤَدِّي المَال قَبْل الافْترَاق بالأَبْدَان.

(وَمَن قَال لعَبدِهِ: أَنتَ حُرٌّ بَعدَ مَوتِي عَلَى أَلفِ دِرهَمٍ فَالقَبُولُ بَعدَ المَوتِ) لإِضَافَةِ الإِيجَابِ إِلى مَا بَعدَ المَوتِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَال أَنتَ حُرٌّ غَدًا بِأَلفِ دِرهَمٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَال أَنتَ مُدَبَّرٌ عَلى أَلفِ دِرهَمٍ حَيثُ يَكُونُ القَبُولُ إِليهِ فِي الحَال؛ لأَنَّ إِيجَابَ التَّدبِيرِ فِي الحَال إِلا أَنَّهُ لا يَجِبُ المَالُ لقِيَامِ الرِّقِّ. قَالُوا: لا يُعتَقُ عَليهِ فِي مَسأَلَةِ الكِتَابِ، وَإِن قَبِل بَعدِ المَوتِ مَا لم يُعتِقهُ الوَارِثُ؛ لأَنَّ المَيِّتَ ليسَ بِأَهلٍ للإِعتَاقِ، وَهَذَا صَحِيحٌ.

الشرح:

(وَمَنْ **قَال لعَبْده أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتي عَلى أَلف درْهَمٍ** فَالقَبُولُ بَعْدَ المَوْت) لأَنَّ هَذَا الكَلامَ إِضَافَةُ إِيجَاب حَقيقَة الحُرِّيَّة إِلى مَا بَعْدَ المَوْت، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ يَقْتَضي أَنْ يَكُونَ القَبُولُ بَعْدَ المَوْت لئَلا يَقَعَ القَبُولُ قَبْل الإِيجَاب (فَصَارَ كَمَا إِذَا قَال أَنْتَ حُرٌّ غَدًا بِأَلف درْهَمٍ) لأَنَّهُ إِضَافَةُ إِيجَاب حَقيقَة الحُرِّيَّة إِلى زَمَانٍ وَالقَبُولُ مُتَأَخِّرٌ إِلَيْه لئَلا يَقَعَ قَبْل الإِيجَاب (بخلاف مَا إِذَا قَال أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلى أَلف درْهَمٍ حَيْثُ يَكُونُ القَبُولُ إِلَيْه في الحَال لأَنَّ إِيجَابَ التَّدْبير في الحَال) عَلى مَا سَيَجيءُ فَيَكُونُ القَبُولُ كَذَلكَ (إِلا أَنَّهُ لا يَجبُ المَالُ) مَعَ قَبُوله (لقيَامِ الرِّقِّ) إِذْ التَّدْبيرُ يُوجبُ حَقَّ الحُرِّيَّة لا حَقيقَتَهَا فَيَكُونُ

الرِّقُّ قَائِمًا وَالمَوْلى لا يَسْتَوْجِبُ دَيْنًا عَلى عَبْده، بخلاف مَا لوْ أَعْتَقَهُ عَلى مَالٍ لأَنَّهُ يَثْبُتُ به حَقِيقَةُ الحُرِّيَّة وَالمَالُ يَجبُ عَلى الحُرِّ وَالمَوْلى قَدْ يَسْتَوْجبُ مَالا عَلى مُعْتَقه.

فَإِنْ قِيل: لَمَا لَمْ يَجبْ المَالُ فِي المُدَبَّر عَلى أَلف مَا الفَائدَةُ فِي تَعْليق التَّدْبير بالقَبُول؟ أُجيبَ بأَنَّهَا بَيَانُ أَنَّهُ يَقْبَلُ التَّعْليقَ بالقَبُول كَالطَّلاق وَالعَتَاق وَإِنْ لَمْ يَجبْ المَالُ.وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يَعْني المَشَايخَ (لا يُعْتَقُ فِي مَسْأَلة الكتَاب) أَيْ الجَامعِ الصَّغير وَهِيَ **قَوْلُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلى أَلف دِرْهَمٍ** (وَإِنْ قَبل بَعْدَ المَوْت مَا لَمْ يُعْتقْهُ الوَارثُ) أَوْ الوَصِيُّ أَوْ القَاضِي (لأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بأَهْلٍ للإِعْتَاق) فِي ذَلكَ الوَقْت.

قَال المُصَنِّفُ: (وَهَذَا) أَيْ قَوْلُهُمْ لأَنَّهُ لا يُعْتَقُ مَا لَمْ يُعْتقْهُ الوَارثُ (صَحيحٌ) بنَاءً عَلى أَنَّهُ إيجَابٌ مُضَافٌ إلى مَا بَعْدَ المَوْت وَأَهْليَّةُ المُوجب شَرْطٌ عنْدَ الإيجَاب وَقَدْ عُدمَتْ بالمَوْت، بخلاف التَّدْبير فَإِنَّهُ إيجَابٌ فِي الحَال وَالأَهْليَّةُ ثَابتَةٌ وَالمَوْتُ شَرْطٌ وَالأَهْليَّةُ لَيْسَتْ بشَرْط عنْدَهُ، كَمَا لوْ **قَال إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَوُجدَ الشَّرْطُ وَهُوَ مَجْنُونٌ**، وَقَدْ فَرَّقَ بَيْنَ مَسْأَلة الكتَاب وَالتَّدْبير بوَجْه آخرَ وَهُوَ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُعْتَقْ إلا بالقَبُول بَعْدَ المَوْت لَمْ يَكُنْ العتْقُ مُعَلقًا بمُطْلَق المَوْت، وَفِي مثْل هَذَا لا يُعْتَقُ إلا بإِعْتَاق الوَارث لانْتقَال العَبْد إلى ملك الوَارث قَبْل القَبُول كَمَا لوْ **قَال أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتي بشَهْرٍ**، بخلاف المُدَبَّر لأَنَّ عتْقَهُ تَعَلقَ بنَفْس المَوْت فَلا يُشْتَرَطُ إعْتَاقُ الوَارث.

فَإِنْ قِيل: أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلى أَلف درْهَمٍ مَعْنَاهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتي عَلى أَلف فَيَكُونُ كَمَسْأَلة الكتَاب مَعْنًى فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الإيجَابُ فِي مَسْأَلة الكتَاب فِي الحَال حَتَّى يُشْتَرَطَ القَبُولُ أَيْضًا فيه.

أُجيبَ بأَنَّ هَذَا يَمينٌ منْ جَانب المَوْلى حَتَّى لا يَتَمَكَّنَ منْ الرُّجُوعِ، وَفِي الأَيْمَان يُعْتَبَرُ اللفْظُ وَلَيْسَ فِي قَوْله أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلى أَلف إضَافَةُ الحُرِّيَّة إلى مَا بَعْدَ المَوْت لفْظًا فَلا يُشْتَرَطُ القَبُولُ بَعْدَهُ، وَفِي مَسْأَلة الكتَاب أَضَافَ الحُرِّيَّةَ إلى مَا بَعْدَ المَوْت لفْظًا فَيُشْتَرَطُ القَبُولُ بَعْدَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَعتَقَ عَبدَهُ عَلَى خِدمَتِهِ أَربَعَ سِنِينَ فَقَبِلَ العَبدُ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ مِن سَاعَتِهِ فَعَلَيهِ قِيمَةُ نَفسِهِ فِي مَالِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيهِ قِيمَةُ خِدمَتِهِ أَربَعَ سِنِينَ) أَمَّا العِتقُ فَلأَنَّهُ جَعَلَ الخِدمَةَ فِي مُدَّةٍ مَعلُومَةٍ عِوَضًا فَيَتَعَلَّقُ العِتقُ

بِالقَبُول، وَقَد وُجِدَ وَلزمَهُ خِدمَةُ أَربَعِ سِنِينَ؛ لأَنَّهُ يَصلُحُ عِوَضًا فَصَارَ كَمَا إذَا أَعتَقَهُ عَلَى أَلفِ دِرهَمٍ، ثُمَّ إذَا مَاتَ العَبدُ فَالخِلافِيَّةُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى خِلافِيَّةٍ أُخرَى، وَهِيَ أَنَّ مَن بَاعَ نَفسَ العَبدِ مِنهُ بِجَارِيَةٍ بِعَينِهَا ثُمَّ أُستُحِقَّت الجَارِيَةُ أَو هَلَكَت يَرجِعُ المَولى عَلَى العَبدِ بِقِيمَةِ نَفسِهِ عِندَهُمَا وَبِقِيمَةِ الجَارِيَةِ عِندَهُ وَهِيَ مَعرُوفَةٌ. وَوَجهُ البِنَاءِ أَنَّهُ كَمَا يَتَعَذَّرُ تَسلِيمُ الجَارِيَةِ بِالهَلاكِ وَالاستِحقَاقِ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إلى الخِدمَةِ بِمَوتِ العَبدِ، وَكَذَا بِمَوتِ المَولى فَصَارَ نَظِيرَهَا.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلى خِدْمَته أَرْبَعَ سِنِينَ) أَيْ وَمَنْ **قَال لِعَبْدِه أَنْتَ حُرٌّ عَلى أَنْ تَخْدُمَنِي أَرْبَعَ سِنِينَ** (**فَقَبِلَ العَبْدُ** عَتَقَ، فَلَوْ مَاتَ مِنْ سَاعَته فَعَلَيْه قِيمَةُ نَفْسه فِي مَاله عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: الأَوَّلُ عَلَيْه قِيمَةُ خِدْمَته أَرْبَعَ سِنِينَ. أَمَّا العِتْقُ فَلأَنَّ الخِدْمَةَ فِي مُدَّة مَعْلُومَة جُعلتْ عِوَضًا عَنْ العِتْق) وَكُلُّ مَا جُعِل عِوَضًا عَنْ العِتْق فَالعِتْقُ يَتَعَلقُ بِقَبُوله لأَنَّهُ الحُكْمُ فِي الأَعْوَاض كُلهَا، وَقَدْ وُجدَ القَبُولُ فَنَزَل العِتْقُ وَلزمَهُ خدْمَةُ أَرْبَع سِنِينَ لأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا لحُدُوث حُكْمِ المَاليَّة بِالعَقْد وَلِهَذَا صَلُحَتْ صَدَاقًا مَعَ أَنَّ اللهَ تَعَالى شَرَعَ ابْتغَاءَ الأَبْضَاع بِالأَمْوَال حَيْثُ قَال تَعَالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ [النساء: ٢٤] (فَصَارَ كَمَا إذَا أَعْتَقَهُ عَلى أَلف دِرْهَمٍ، ثُمَّ إذَا مَاتَ العَبْدُ فَالخلافيَّةُ بنَاءً عَلى خلافيَّة أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّ مَنْ بَاعَ **نَفْسَ العَبْد مِنْهُ بِجَارِيَة بِعَيْنِهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّ الجَارِيَةَ أَوْ هَلَكَتْ** يَرْجِعُ المَوْلى عَلى العَبْد بِقِيمَة نَفْسه عِنْدَهُمَا وَبِقِيمَة الجَارِيَة عِنْدَهُ وَهِيَ) أَيْ مَسْأَلةُ بَيْع نَفْسِ العَبْد مِنْهُ بِالجَارِيَة إذَا اُسْتُحِقَّتْ (مَعْرُوفَةٌ) فِي طَرِيقَة الخلاف، وَذَكَرَ فِي الكتَاب وَجْهَ البنَاء وَلمْ يَذْكُرْ وَجْهَ كُل وَاحد منْ القَوْليْن وَلا بَأْسَ بذكْر ذَلكَ.

وَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَنَّ الخدْمَةَ بَدَلُ مَا ليْسَ بِمَالٍ وَهُوَ العتْقُ وَلا قيمَةَ للعتْق، وَقَدْ حَصَل العَجْزُ عَنْ تَسْليم الخدْمَة بِمَوْته فَوَجَبَ تَسْليمُ قيمَتهَا. وَوَجْهُ قَوْلهمَا أَنَّ الخدْمَةَ بَدَلُ مَال لأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسِ العَبْد لكنْ البَدَلُ لمَّا تَعَذَّرَ تَسْليمُهُ وَجَبَ تَسْليمُ المُبْدَل وَهُوَ العَبْدُ، لكنْ لا يُمْكنُ تَسْليمُهُ لأَنَّ العتْقَ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ فَوَجَبَ تَسْليمُ قيمَته لإمْكَان ذَلكَ هَذَا في المَبْنِيِّ.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مُنَاقضٌ لمَا قَالَ المُصنِّفُ في أَوَّل البَاب منْ أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَال بغَيْرِ مَالٍ لأَنَّ العَبْدَ لا يَمْلكُ نَفْسَهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ الإِعْتَاقَ عَلى مَالٍ مُعَاوَضَةُ مَال بغَيْرِ مَالٍ منْ وَجْه لمَا ذَكَرْنَا، وَشَابَهَ بذَلكَ النِّكَاحَ وَالطَّلاقَ وَغَيْرَهُمَا حَتَّى صَحَّ بأَيِّ مَالٍ كَانَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمُعَاوَضَةُ مَالٍ بمَالٍ منْ وَجْه بالنَّظَرِ إلى مَوْلاهُ وَشَابَهَ بذَلكَ بَيْعَ عَبْد بجَاريَة، فَإِنَّهُ إذَا مَاتَ العَبْدُ وَوَقَعَ العَقْدُ عَلى الجَاريَة يَلزَمُهُ قيمَةُ العَبْد عَلى مَا نَذْكُرُهُ.

وَأَمَّا المَبْنيُّ عَلَيْه فَوَجْهُ مُحَمَّد أَنَّ هَذَا بَدَلُ مَا لَيْسَ بمَالٍ وَهُوَ العتْقُ، لأَنَّ بَيْعَ العَبْد منْ نَفْسه إعْتَاقٌ وَقَدْ عَجَزَ عَنْ إيفَاء البَدَل، وَلَيْسَ للمُبْدَل وَهُوَ العتْقُ قيمَةٌ فَيَجبُ قيمَةُ البَدَل. وَوَجْهُ قَوْلهمَا أَنَّ الجَاريَةَ بَدَلُ نَفْسِ العَبْد بالعتْق فَيَجبُ تَسْليمُ قيمَته، كَمَا إذَا تَبَايَعَا عَبْدًا بجَاريَة ثُمَّ مَاتَ العَبْدُ فَتَفَاسَخَا العَقْدَ عَلى الجَاريَة يَلزَمُهُ قيمَةُ العَبْد. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا بمَوْت المَوْلى) يَعْني أَنَّ مَوْتَ المَوْلى في هَذه الصُّورَة كَمَوْت العَبْد فَصَارَ نَظيرَ المَسْأَلة فَيَكُونُ الحُكْمُ فيهمَا سَوَاءً.

(وَمَن قَال لآخَرَ: أَعتِق أَمَتَك عَلى أَلفِ دِرهَمٍ عَلى أَن تُزَوِّجنِيهَا فَفَعَل فَأَبَت أَن تَتَزَوَّجَهُ فَالعِتقُ جَائِزٌ وَلا شَيءَ عَلى الآمِرِ)؛ لأَنَّ مَن قَال لغَيرِهِ أَعتِق عَبدَك عَلى أَلفِ دِرهَمٍ عَليَّ فَفَعَل لا يَلزَمُهُ شَيءٌ وَيَقَعُ العِتقُ عَلى المَأمُورِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال لغَيرِهِ طَلق امرَأَتَك عَلى أَلفِ دِرهَمٍ عَليَّ فَفَعَل حَيثُ يَجِبُ الأَلفُ عَلى الآمِرِ؛ لأَنَّ اشتِرَاطَ البَدَل عَلى الأَجنَبِيِّ فِي الطَّلاقِ جَائِزٌ وَفِي العَتَاقِ لا يَجُوزُ وَقَد قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ.

(وَلو قَال: أَعتِق أَمَتَك عَنِّي عَلى أَلفِ دِرهَمٍ وَالمَسأَلةُ بِحَالهَا قُسِّمَت الأَلفُ عَلى قِيمَتِهَا وَمَهرُ مِثلهَا، فَمَا أَصَابَ القِيمَةَ أَدَّاهُ الآمِرُ، وَمَا أَصَابَ المَهرَ بَطَل عَنهُ)؛ لأَنَّهُ لمَّا قَال عَنِّي تَضَمَّنَ الشِّرَاءَ اقتِضَاءً عَلى مَا عُرِفَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ فَقَد قَابَل الأَلفَ بِالرَّقَبَةِ شِرَاءً وَبِالبُضعِ نِكَاحًا فَانقَسَمَ عَليهِمَا، وَوَجَبَت حِصَّةُ مَا سَلمَ لهُ وَهُوَ الرَّقَبَةُ وَبَطَل عَنهُ مَا لم يُسَلم وَهُوَ البُضعُ، فَلو زَوَّجَت نَفسَهَا مِنهُ لم يَذكُرهُ. وَجَوَابُهُ أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ فِي الوَجهِ الأَوَّل وَهِيَ للمَولى فِي الوَجهِ الثَّانِي، وَمَا أَصَابَ مَهرَ مِثلهَا كَانَ مَهرًا لهَا فِي الوَجهَينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال لآخَرَ أَعْتقْ أَمَتَك عَلى أَلفِ دِرْهَمٍ عَليَّ) لمْ يَذْكُرْ في بَعْضِ

النُّسَخِ عَليَّ اكْتِفَاءً بِدَلالَة عَليَّ عَلى الوُجُوبِ وَذَكَرَ فِي بَعْضِهَا للتَّأْكِيد وَالمَسْأَلَةُ ظَاهِرَةٌ: وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي الخُلعِ فِي مَسْأَلَة خُلعِ الأَب ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلى وَجْه الإِشَارَةِ، وَالفَرْقُ أَنَّ الأَجْنَبِيَّ فِي بَابِ الطَّلاق كَالمَرْأَة فِي عَدَمِ ثُبوت شَيْءٍ لَهُمَا بِالطَّلاق، إِذْ الثَّابتُ بِه سُقُوطُ ملك الزَّوْجِ عَنْهَا لا غَيْرُ، فَكَمَا جَازَ التزَامُ المَرْأَة بِالمَال فَكَذَلكَ الأَجْنَبيُّ، بِخِلافِ العَتَاق فَإِنَّهُ يُثْبِتُ للعَبْد بِالإِعْتَاق قُوَّةً حُكْمِيَّةً لَمْ تَكُنْ لَهُ قَبْل ذَلكَ فَكَانَ المَالُ فِي مُقَابَلَة ذَلكَ، وَلَيْسَ الأَجْنَبِيُّ كَالعَبْد حَيْثُ لا يَثْبُتُ بِه لَهُ شَيْءٌ أَصْلا فَكَانَ اشْتِرَاطُ البَدَل عَلَيْهِ كَاشْتِرَاط الثَّمَنِ عَلى غَيْرِ المُشْتَرِي فَلا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَال أَعْتِقْ أَمَتَك عَنِّي بِأَلف دِرْهَمٍ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا) أَيْ قَال عَلى أَنْ تُزَوِّجَنِيهَا فَفَعَل فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ (قَسَمَتْ الأَلفَ عَلى قِيمَتِهَا وَمَهْرِ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ القِيمَةَ أَدَّاهُ الآمِرُ، وَمَا أَصَابَ المَهْرَ بَطَل عَنْهُ) وَالوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا عُرِفَ) يَعْنِي فِي أُصُول الفِقْه وَفِيه شُبْهَتَانِ إِحْدَاهُمَا أَنَّ هَذَا البَيْعَ فَاسِدٌ لأَنَّهُ بَيْعٌ بِمَا يَخُصُّهَا مِنْ الأَلفِ لوْ قَسَمَ عَلَيْهَا وَعَلى مَنَافِعِ بُضْعِهَا وَهُوَ فَاسِدٌ، وَلأَنَّهُ إِدْخَالُ صَفْقَة النِّكَاحِ فِي صَفْقَةِ البَيْعِ وَالبَيْعُ الفَاسِدُ لا يُفِيدُ المِلكَ بِدُون القَبْضِ وَلا ملكَ هَاهُنَا فَيَجِبُ أَنْ لا يَقَعَ العِتْقُ إِذْ لا عِتْقَ فِيمَا لا يَمْلكُهُ ابْنُ آدَمَ، وَالثَّانِيَةُ أَنَّ البَيْعَ إِذَا كَانَ فَاسِدًا وَيَجِبُ فِيهِ العِوَضُ تَجِبُ قِيمَةُ المَبِيعِ كَامِلةً، وَالقَوْلُ بِمَا يَخُصُّهُ مِنْ الثَّمَنِ إِنَّمَا هُوَ مُوجِبُ البَيْعِ الصَّحِيحِ، كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ وَبَيْنَ عَبْدِه وَعَبْدِ غَيْرِه فَإِنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ فِي العَبْد بِحِصَّتِه مِنْ الثَّمَنِ كَمَا سَيَأْتِي.

وَأَجَابَ الإِمَامُ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ عَنْ الأُولى بِأَنَّ الأَمَةَ تَنْتَفِعُ بِهَذَا الإِعْتَاق، فَمِنْ هَذَا الوَجْه تَصِيرُ قَابِضَةً نَفْسَهَا أَدْنَى قَبْضٍ، وَأَدْنَى القَبْضِ يَكْفِي فِي البَيْعِ الفَاسِد كَالقَبْضِ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَالإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ عَنْ الثَّانِيَة بِأَنَّ البَيْعَ مُنْدَرِجٌ فِي الإِعْتَاق، فَأَخَذَ حُكْمَ الإِعْتَاق فِي عَدَمِ الفَسَاد بِالشَّرْط فَلمْ يَبْطُل البَيْعُ بِشَرْط النِّكَاحِ فَيَجِبُ القَوْلُ بِمَا يَخُصُّهُ مِنْ الثَّمَنِ. وَقَوْلُهُ (فَلوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ) يَعْنِي فِي المَسْأَلَتَيْنِ (لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ) فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَجَوَابُهُ أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ فِي الوَجْه الأَوَّل وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَقُل فِيه عَنِّي لعَدَمِ صِحَّة الضَّمَانِ وَهِيَ للمَوْلى فِي الوَجْه الذي قَال فِيه عَنِّي، وَمَا أَصَابَ مَهْرَ مِثْلِهَا كَانَ مَهْرًا للأَمَةِ فِي الوَجْهَيْنِ.

فهرس المحتويات